

THÈSE DE
DIJON,
1884
N^o. 1.

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

DROIT ROMAIN

DE LA PREUVE LITTÉRALE

DROIT FRANÇAIS

DE LA FORCE PROBANTE DE L'ACTE NOTARIÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE 10 JUILLET 1884

Par Emmanuel BOUQUET

Avocat

Lauréat des Facultés de Droit et des Lettres

Né à Montbéliard (Doubs), le 19 octobre 1858

DIJON

IMPRIMERIE ET LITHOGRAPHIE F. CARRE

40, rue Amiral-Roussin, 40

1884



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

DE LA PREUVE LITTÉRALE

DROIT FRANÇAIS

DE LA FORCE PROBANTE DE L'ACTE NOTARIÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE 10 JUILLET 1884

Par Emmanuel BOUQUET

Avocat

Lauréat des Facultés de Droit et des Lettres

Né à Montbéliard (Doubs), le 19 octobre 1858

SOUS LA PRÉSIDENCE DE M. VILLEQUEZ

doyen de la Faculté, chevalier de la Légion-d'Honneur

<i>Suffragants :</i> {	MM. DUVERDIER DE SUZE,	} <i>professeurs.</i>
	DESSERTAUX,	
	WEISS,	} <i>agrégés.</i>
	LOUIS-LUCAS.	

DIJON

IMPRIMERIE ET LITHOGRAPHIE F. CARRE

40, rue Amiral-Roussin, 40

—
1884

ERRATA

A MON PÈRE

A MA MÈRE

ERRATA

- Page 2, à la note, ligne 1, au lieu de : *Judicia*, lisez *Indicia*.
- Page 6, ligne 17, au lieu de : *faisaient des progrès*, lisez *faisant des progrès*.
- Page 7, ligne 7, au lieu de : *la preuve littérale la preuve testimoniale*, lisez *la preuve littérale et la preuve testimoniale*.
- Page 16, ligne 4, au lieu de : *et des pratiques*, lisez *et des usages*.
- Page 22, à la ligne 4, au lieu de : *liberorem*, lisez *liberorum*.
- Page 25, à la note 4, au lieu de (2), lisez (1).
- Page 30, à la note 1, ligne 5, au lieu de : *Pro Rosc. orat.*, lisez *Pro Rosc. comœd.*
- Page 34, à la note, ligne 12, au lieu de : *tantôt ils sont une cause d'obligation*, lisez *tantôt ils sont en outre une cause d'obligation*.
- Page 37, ligne 10, au lieu de : *transcripciis*, lisez *transcripticiis*.
- Page 42, ligne 13, au lieu de : *sur simple brouillon*, lisez *un simple brouillon*.
- Page 45, à la ligne 4, au lieu de : *VAL. Max.*, lisez *VAL. MAX.*
- Page 49, à la note 2, ligne 3, au lieu de : *Opponere*, lisez *opponere*.
- Page 62, ligne 11, au lieu de : *Ils devaient*, lisez *Elles devaient*.
- Page 65, ligne 12, au lieu de : *amphythéotiques*, lisez *emphytéotiques*.
- Page 75, ligne 14, au lieu de : *donner foi*, lisez *ajouter foi*.
- Page 79, à la note, ligne 9, au lieu de : *dræcedente*, lisez *præcedente*.
- Page 82, ligne 19, au lieu de : *du dol*, lisez *de dol*.
- Page 106, ligne 5, supprimer les mots *au contraire*.
- Page 148, ligne 8, au lieu de : *Qui l'on souscrit*, lisez *qui l'ont souscrit*.
- Page 151, ligne 6, au lieu de : *résultat désastreux*, lisez *résultats désastreux*.
- Page 172, ligne 19, un point à la place d'une virgule.
- Page 195, ligne 15, au lieu de : *propement dite*, lisez *proprement dite*.
- Page 205, ligne 14, un point après *très étendu*.
- Page 215, ligne 23, au lieu de : *aussi*, lisez *ainsi*.
- Page 218, ligne 9, au lieu de : *transmis*, lisez *soumis*.
- Page 262, ligne 2, au lieu de : *force porbante*, lisez *force probante*.
-

DROIT ROMAIN

DE LA PREUVE LITTÉRALE DES OBLIGATIONS

INTRODUCTION

GÉNÉRALITÉS SUR LA PREUVE LITTÉRALE

Un droit dépourvu de sanction perd toute utilité, au point de vue pratique; aussi toutes les législations ont-elles fourni à chacun le moyen de faire triompher son droit en recourant à l'autorité judiciaire. Mais il est de toute équité que celui qui invoque l'appui du juge, lui prouve auparavant l'existence de ce droit qu'il revendique et qu'il lui demande de faire respecter; c'est pourquoi l'on peut dire qu'en fait, un droit non prouvé est comme inexistant.

Ces simples considérations permettent de saisir toute

l'importance qu'a, dans la science du droit, la théorie des preuves.

On peut définir les preuves, les moyens destinés à établir la vérité d'une proposition ou l'existence d'un fait, en tant que cette proposition ou ce fait peuvent servir de fondement à un droit.

En droit romain, comme du reste dans toutes les législations qui ont atteint un certain degré de développement, les preuves ne sont pas abandonnées à l'arbitraire du juge : elles sont, au contraire, déterminées et réglementées quant à leur administration.

Les jurisconsultes modernes divisent les preuves en preuves proprement dites et présomptions. Mais, à l'inverse de notre Code, qui confond les secondes dans les premières, les Romains ont, avec raison, très nettement distingué les unes des autres, comme le prouve la rubrique du titre 3, liv. XXII, au Digeste.

On peut dire qu'en principe, la plus grande latitude est laissée au juge romain dans l'admission des preuves en justice ; mais la nature même des choses a conduit les jurisconsultes à reconnaître quatre modes de preuves principaux : l'aveu, le serment judiciaire, le témoignage oral et la preuve littérale. Peut-être même ont-ils connu la preuve qui résulte de ce que nous appelons aujourd'hui les présomptions de l'homme (1).

Quoiqu'il en soit, la preuve testimoniale et la preuve littérale sont de beaucoup les plus importantes ; ce

(1) « *Judicia certa, quæ jure non respuuntur, non minorem probationis, quam instrumenta, continet fidem...* » — L. 19. C., *De rei vindic.*, III, 32.

sont même les seules auxquelles le Digeste et le Code aient consacré des titres spéciaux.

Le cadre de notre thèse étant limité, nous ne nous occuperons que de la preuve littérale. Nous pourrions nous convaincre, en examinant les diverses dispositions dont elle est l'objet, que son étude présente un intérêt considérable au point de vue de la connaissance du droit romain, et qu'à chaque progrès qu'a fait ce droit correspond, pour ainsi dire, un accroissement de l'importance attribuée à la preuve littérale.

Il est à remarquer qu'alors que les premiers monuments législatifs de Rome sont muets sur les témoignages écrits, ce mode de preuve était connu et en honneur, à une époque bien antérieure, chez presque tous les autres peuples de l'antiquité ; mais il est juste aussi de tenir compte du degré avancé de civilisation auquel ils étaient parvenus au moment où Rome sortait à peine de son berceau.

La Bible, le plus ancien document que l'on connaisse, mentionne déjà l'usage de la preuve littérale chez les Hébreux qui l'auraient eux-mêmes reçue des Babyloniens.

Le livre de Tobie nous montre un contrat de mariage rédigé par écrit (1) ; nous savons également que les généalogies qui, chez les Hébreux, comme du reste chez tous les peuples asiatiques, avait une immense importance, étaient toujours conservées par l'écriture (2).

(1) TOBIE, ch. VII, v. 15 et 16, et ch. VIII, v. 24.

(2) Ceux-là cherchèrent leur registre, en cherchant leur généa-

Du reste, la preuve littérale était admise dans tous les cas ; mais l'on ne connaît guère que le divorce pour la constatation duquel un acte écrit fût absolument nécessaire (1).

Des quelques renseignements qui nous sont parvenus sur les Egyptiens, il résulte que ce peuple connaissait aussi la preuve littérale ; dans certains cas même, elle était seule admise : c'est ainsi que le prêteur devait se faire délivrer une reconnaissance écrite de la somme prêtée, sous peine de voir le prétendu débiteur cru sur son serment.

Il y avait aussi des espèces d'écrivains publics chargés de copier les contrats des particuliers ; et leurs fonctions devaient sans doute constituer une sorte d'office, puisqu'ils devaient sceller de leur sceau les copies faites par eux, et qu'une loi sévère ordonnait de couper les deux mains à ceux d'entre eux qui seraient convaincus d'avoir supposé, tronqué ou falsifié les actes qui leur étaient confiés (2).

Les Grecs, et plus particulièrement les Athéniens, dont les importantes relations commerciales occasionnaient une foule de transactions, et partant de contestations, admettaient aussi que les conventions pouvaient être constatées tant par l'écriture que par la preuve testimoniale.

Les écrits en usage étaient ou des actes privés, ou

logie ; mais ils n'y furent point trouvés, et ils furent rejetés du sacerdoce. — *ESDRAS*, ch. II, v. 62.

(1) Cet acte était rédigé en caractères hébraïques par les docteurs de la loi et remis à la femme. — *DEUTER*, ch. XXIV, v. 1.

(2) *DIOD.*, L. I, §§ 78 et 79.

des actes publics : les premiers consistaient le plus souvent en une pièce unique dressée en présence de témoins, signée par eux ainsi que par les parties, et déposée ensuite chez un banquier, ou même dans un temple, pour être consultée au besoin. Quelquefois, l'acte était fait en double ; ou bien, dans le cas de prêt, le débiteur remettait un reçu signé de sa main au créancier. Celui-ci, en revanche, lui donnait une quittance lors du paiement de la dette (1).

Les actes publics comprenaient les actes de l'état civil et les registres du trésor sur lesquels on inscrivait les noms des condamnés à l'amende, et qui étaient déposés dans l'Acropole.

Nous verrons plus tard que lorsque Rome étendit le cercle de ses relations commerciales, elle adopta plusieurs usages des Athéniens, en matière de preuve littérale.

Toujours est-il que, comme nous l'avons dit, la loi des Douze Tables qui est le plus ancien monument du droit romain ne mentionne nulle part les écrits comme moyen de prouver les obligations, tandis qu'elle fait allusion au témoignage oral.

Ce phénomène s'explique facilement si l'on tient compte du caractère essentiellement formaliste de la législation romaine dans ses débuts.

Les premiers Romains, furent, si l'on en croit la tradition, des bandes de pillards du Latium et de corsai-

(1) Ces divers actes prenaient le nom de *chirographa* lorsqu'ils étaient signés ou scellés par une seule des parties, et de *syngraphæ* lorsqu'ils étaient écrits et scellés par les deux parties contractantes.

res grecs émigrés, gens qui constituaient pour ainsi dire le rebut de la société ; et dont l'état de civilisation et d'instruction devait être des plus rudimentaires. Bien plus guerriers que commerçants, les transactions étaient peu fréquentes chez eux ; aussi les modes de preuve qu'ils connurent d'abord étaient ceux qui ne présentent aucune difficulté spéciale, c'est-à-dire le témoignage oral, toujours facile à se procurer.

La nécessité de fixer dans la mémoire des parties et des témoins le souvenir de l'acte accompli créa le *nexum*, mode de contracter les obligations consistant dans une pesée d'airain et des paroles sacramentelles, et dont le formalisme étroit et rigoureux se ressent à la fois du tempérament particulier au peuple romain et de l'état peu avancé de sa civilisation.

Au fur et à mesure que celle-ci se développa et que les idées philosophiques faisaient des progrès, on dégagait l'intention des parties du vêtement formaliste qui l'avait d'abord, pour ainsi dire, recouverte, on vit la *stipulatio* se substituer au *nexum* ; puis apparaître la preuve littérale dont le contrat *litteris* est la plus ancienne application.

Il faut néanmoins descendre jusqu'aux empereurs, pour voir la preuve littérale prendre place dans la procédure à côté de la preuve testimoniale qui, même après ce moment, resta longtemps la plus usitée. Au fur et à mesure que la civilisation fit des progrès et que la connaissance de l'écriture se généralisa, la preuve littérale vit son importance s'accroître, et même finir par acquérir, dans certains cas, une prépondérance qu'elle méritait à juste titre, et que lui a conservée notre législation moderne.

Nous diviserons notre thèse en deux grandes parties : la première consacrée à l'examen des divers écrits qui peuvent servir de moyens de preuve, et la seconde, à l'étude des particularités qui peuvent se produire dans l'administration de la preuve littérale ; mais nous devons dans un chapitre préliminaire comparer entre elles, la valeur de la preuve littérale de la preuve testimoniale en droit romain.

Ce parallèle, en même temps qu'il est indispensable pour l'intelligence de ce qui suivra, nous permettra de prendre, dès le début de notre thèse, parti sur une question fort controversée entre les auteurs qui ont traité la matière qui nous occupe.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

De l'autorité respective de la preuve littérale et de la preuve testimoniale

Nous venons de voir quel'emploi de la preuve littérale se généralisa avec le développement des institutions romaines, l'extension des relations entre les Romains et les autres peuples, les progrès de la civilisation et la vulgarisation de l'art de l'écriture. C'est dire par avance que la preuve écrite eût une autorité beaucoup plus considérable sous les empereurs, et notamment, au bas Empire, et à l'époque de Justinien, qu'au temps de la République, alors que le contrat *litteris* était à peu près l'unique manifestation qu'on en connût.

Mais en nous plaçant à un autre point de vue, nous devons nous demander si la preuve littérale, lorsque l'usage en fut généralisé, se vit accorder la préférence sur la preuve testimoniale ou si, au contraire, cette dernière continua à jouir d'un plus grand crédit.

Il est d'abord un point hors de doute : c'est que dans certaines matières, la preuve littérale était seule admise ; c'était principalement pour les questions d'Etat, et des textes positifs ne laissant subsister aucune hésitation à cet égard (1).

En laissant de côté ces cas spéciaux que nous étudierons d'ailleurs en détail dans la première partie de notre thèse, la question que nous venons de poser reste entière ; et elle n'a pas donné lieu à moins de quatre systèmes que nous allons rapidement exposer :

Premier système. — Le premier système est celui de Pothier et Domat ; il donne, dans tous les cas la préférence à la preuve littérale.

Ce système trouve son appui principal, pour ne pas dire unique, dans la Loi 1., C., *De Testibus*, ainsi conçue : « Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur ». — Ce texte serait absolument concluant s'il n'avait le grave défaut de n'être qu'une restitution de Cujas qui l'a traduit du grec, l'ayant trouvé dans les Basiliques. — De plus la version grecque peut, de même que la latine se traduire de différentes façons ; et tandis que Pothier et Domat lui font dire que le témoignage oral n'a aucune force contre le témoignage écrit, on peut parfaitement l'in-

(1) « Soli testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt. »
— L. 2, C., *De Testibus*.

interpréter de la façon suivante : « Les témoins signataires d'un acte ne sont point admis à contester son contenu » — Elle ne serait plus alors que l'application naturelle du principe : « Testes qui adversus fidem suam testationis vacillant audiendi non sunt » (1). On le voit, ce premier système est loin d'être probant ; et, s'il a pour lui d'être rationnel en attribuant à la preuve littérale une importance à laquelle ses avantages incontestables lui donnent droit, il ne faut pas oublier que les illustres jurisconsultes qui s'en sont fait les promoteurs avaient un vif désir de se persuader que le droit romain était toujours d'accord avec la raison ; et que, d'ailleurs, ils devaient se ressentir quelque peu de l'influence du droit français dans lequel depuis 1566 la maxime : « Lettres passent témoins » avaient définitivement triomphé.

Second système. — Le second système est généralement adopté en Allemagne et a, pour la première fois, été soutenu par Treutler et Schulting ; il accorde, dans tous le cas, la prépondérance à la preuve testimoniale.

Bien qu'il s'appuie sur des textes plus nombreux que ne le fait l'opinion précédente, nous pourrions nous convaincre qu'il n'est pas non plus décisif et qu'il est difficile de l'admettre d'une façon absolue.

Examinons les arguments qu'il prétend fournir : Tout d'abord le texte de la Loi 1, C., *De Testibus*, sur lequel se fondent Pothier et Domat, est traduit par les auteurs dont nous exposons le système, de la seconde manière que nous avons indiquée, ce qui lui ôte

(1) L. 2, D., *De Testibus*.

tout sens défavorable à la supériorité de la preuve testimoniale.

On invoque, en outre, un rescrit d'Hadrien qui forme le § 3 de la Loi 3, *De Testibus*, au Digeste, et qui est ainsi formulé : « Divus Hadrianus rescripsit testibus se, non testimoniis crediturum. » Il est certain que cette phrase prise isolément paraît toute en faveur de la preuve testimoniale ; mais il suffit de se reporter aux explications que Callistrate en a données un peu plus loin pour se convaincre que le rescrit a simplement voulu décider que, dans les causes criminelles, le juge devra entendre lui-même les témoins au lieu de se contenter de leurs dépositions écrites (1).

La Novelle 73 (Chap. 3, § 2) est aussi mise à contribution ; voici comment elle s'exprime : « Tunc nos quidem existimavimus ea quæ viva voce dicuntur et cum jurejurando : hæc digniora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere. »

Malheureusement, ici encore, si l'on consulte l'ensemble du texte, on voit qu'il se réfère au cas de comparaison d'écritures, mode de preuve auquel Justinien se montre défavorable ; il n'y a donc rien d'étonnant à ce que, dans cette hypothèse particulière, il décide qu'il faut accorder plus de confiance au témoignage des personnes qui ont assisté à la rédaction de l'acte qu'au résultat problématique de l'expertise.

Enfin, un dernier argument a été présenté ; mais il

(1) « Verba epistolæ ad hanc partem pertinentia hæc sunt quod crimina objicerit apud me Alexander Apro; et quia non probabat, nec testes producebat, sed testimoniis uti volebat quibus apud me locus non est; nam ipsos interrogare soleo. » — L. 3, § 3., D., *De Testibus*.

est si faible, que le désir d'être complet nous engage seul à le présenter. Il est tiré du *pro Archia* de Cicéron : « Est ridiculum, dit le grand orateur, quum habeas amplissimi viri religionem, integerrimi municipii jusjurandum fidemque, ea, quæ nullo modo depravari possunt repudiare ; tabulas quas idem dicis solere corrumpi desiderare » (1).

Or, Cicéron fait allusion ici à une circonstance toute particulière : Archias, en effet, était inscrit comme citoyen sur les registres du cens d'Héraclée, et ces registres avaient été brûlés dans la guerre d'Italie. On voit donc qu'il n'a pu entrer dans l'idée de Cicéron de trancher le conflit entre les témoins et les écrits ; puisque, dans l'espèce, ces écrits n'existaient plus. Tout au contraire, il invoque des témoignages oraux à défaut de registres qui, s'ils eussent existé, auraient fourni certainement la preuve la plus convaincante, et nous pouvons même dire la plus irréfutable, puisque c'étaient des actes publics ; et que la preuve testimoniale n'était pas admise contre eux (2).

Troisième système. — Cette troisième opinion, moins absolue que les deux précédentes, est celle de Cujas, Voët et Doneau.

Après avoir constaté que l'on trouve dans le Code et dans le Digeste des textes en faveur de la preuve écrite aussi bien que de la preuve testimoniale, on en conclut que toutes deux ont le même pouvoir et que ce

(1) Cic., *Pro Arch.*, n° 4.

(2) « Census et publica monumenta potiora testibus esse senatus censuit. » — L. 10, D., *De probat.*

n'est que d'après les circonstances de fait que l'on peut accorder la préférence à l'une ou à l'autre (1).

Ainsi s'expliquent les solutions en apparence contradictoires que l'on rencontre dans le corps de droit romain : le juge est laissé libre dans son appréciation, et c'est selon sa conscience et ses lumières qu'il décidera, dans chaque affaire, si les écrits méritent plus de confiance que les témoins, ou si les témoins doivent être écoutés de préférence aux écrits.

Il faut avouer, cependant, que les partisans de ce système se montrent peu d'accord, lorsqu'ils en veulent tirer des applications pratiques : cela n'a du reste rien d'étonnant, puisque le principe sur lequel ils le fondent n'est pas lui-même très catégorique.

Cujas, par exemple, prétend que pour trancher les questions de fait, la preuve testimoniale est préférable, tandis que c'est au contraire la preuve littérale qui l'emporte dans les questions de droit.

Struvius distingue entre les causes publiques et les causes privées accordant la prépondérance à l'écrit, dans les premières, au témoignage dans les secondes.

Doneau (2), enfin, qui, lui aussi, s'est préoccupé du débat, sépare en deux les preuves littérales : d'une part, il déclare que les *instrumenta publica* sont supérieurs à tous témoins (3) ; de l'autre, que ceux-ci

(1) « In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium. » — L. 15, C., *De fid. instrum.*

(2) DONEAU. *Comment. de jure civ.* — Liv. XXV, ch. xviii, § 5.

(3) Cf. : L. 10, D., *De probat.*, déjà citée, et L. 6; C., *De re judicat.*, ainsi conçue : « Gesta quæ sunt translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem. » — Voir

peuvent balancer, et parfois même supplanter les écrits privés.

Quelques divergences que présentent les partisans de ce troisième système, lorsque du principe théorique ils descendent dans le domaine de la pratique, il nous semble cependant qu'ils sont plus près de la vérité que les auteurs qui soutiennent les deux premières opinions.

Il est certain, en effet, que la loi romaine laissa toujours aux juges une très grande liberté d'appréciation, ce qui exclut nécessairement l'idée d'une prédominance constante attachée à un mode de preuve particulier.

Du reste, nous avons encore à exposer un quatrième système, qui, basé sur l'histoire, n'est, en quelque sorte, que le perfectionnement du précédent, et auquel nous nous rattachons complètement, parce qu'il nous semble réunir deux qualités essentielles : la vraisemblance historique et l'absence de parti-pris. Nous allons terminer notre introduction en l'exposant brièvement.

Quatrième système. — M. Derome (1), son auteur, après avoir fait remarquer que la vulgarisation de l'emploi de l'écriture a été la cause principale de l'accroissement d'importance de la preuve littéraire, nous montre celle-ci d'abord inconnue pour ainsi dire, puis se manifestant dans les *nomina* du *Codex*, puis enfin

aussi la L. 31, C., *De Donat.* : « Nam superfluum est privatum testimonium cum publica monumenta sufficiant. »

(1) Essai sur la preuve. — Revue de législation. 1849, I.

grandissant peu à peu tout en restant inférieure à la preuve testimoniale.

Elle dut devenir son égale vers le premier siècle de notre ère, et en tout cas, avant le quatrième, puisqu'une loi insérée au Code et promulguée par Constantin à cette époque (1), ne fait que consacrer un état de fait préexistant.

La preuve littéraire n'en resta pas là; au fur et à mesure que les transactions se multipliaient, on reconnaissait les précieux avantages que l'écrit présentait sur le témoignage oral.

Les premiers actes auxquels on accorda une autorité considérable furent naturellement les actes publics qui, à raison des formalités requises pour leur confection, présentaient des garanties exceptionnelles; aussi voyons-nous la Loi 10, au Digeste, *De Probationibus*, décider que l'on ne peut leur opposer les témoignages oraux.

La jurisprudence, une fois engagée dans cette voie, alla plus loin et ne tarda pas à étendre à tous les écrits dont la sincérité n'est pas suspectée, la solution donnée déjà par le Sénat pour les actes publics (2).

Bientôt même, la supériorité de la preuve littéraire fut si généralement reconnue qu'elle fut admise à l'exclusion de toute autre dans les matières d'une impor-

(1) « In exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium. » — L. 15, C., *De Fide instrum.*

(2) « Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt. » — PAUL, *Sent.* V, 15, § 4.

tance spéciale, comme, par exemple, les questions d'Etat (1).

Enfin, au V^{me} siècle, une Constitution de Justin reproduit le principe de la Loi 25, au Digeste, *De Probationibus*, qui décide que celui qui s'est reconnu débiteur ne pourra combattre la preuve de cet aveu que par d'autres écrits.

Justinien resta fidèle aux principes émis par ses prédécesseurs en défendant dans la Novelle LXXXX, *De Testibus*, ch. IV, qui ne fait elle-même que confirmer une Constitution antérieure de faire par témoins la preuve du paiement total ou même partiel d'une obligation constatée par écrit, à moins que ces témoins ne réunissent des conditions exceptionnelles de crédit (2).

On le voit, la preuve littérale, d'abord presque inconnue à Rome, finit par y prendre le rang que lui assuraient ses avantages incontestables; aussi pouvons-nous dire que, sous Justinien et bien longtemps encore après cet empereur, cette prééminence se maintint sans conteste (3).

Il ne fallut pas moins que l'invasion des barbares en Italie pour frapper d'un coup mortel l'admirable

(1) Un rescrit d'Hadrien, de l'an 223, qui forme la L. 2, C., *De Testibus*, exigea l'emploi de cette preuve dans les questions d'ingénuité.

(2) « Nisi quinque testes idonei et summæ atque integræ opinionis, præsto fuerint solutioni celebratæ, hique cum sacramenti religione deposuerint sub præsentia sua debitum esse solutum. — L. 18, C., *De Testibus*.

(3) Au commencement du X^e siècle, le principe de la supériorité de la preuve littérale domine le titre I^{er} des Basiliques, et Harmenopule l'invoque encore à la fin du XIV^e siècle, au livre I^{er}, titre 6, de son *Promptuarium juris civilis*.

édifice du droit romain et remplacer la preuve littéraire par les grossières pratiques de peuples, qui ne connaissaient, en cette matière, que les puériles superstitions du jugement de Dieu et des pratiques plus bizarres encore.

PREMIÈRE PARTIE

DES DIVERS ÉCRITS QUI PEUVENT SERVIR DE MOYENS DE PREUVE

Il y eut à Rome différentes sortes d'écrits susceptibles d'être produits en justice ; mais, tandis que Voët et Pothier n'établissent que deux catégories et mettent sur la même ligne les actes publics et les actes reçus par les tabellions, nous les diviserons en trois classes : les actes privés, les *acta forensia*, et les actes publics.

Cette division est d'ailleurs conforme à la fois aux textes et à la nature des choses : aux textes, car Justinien l'indique implicitement dans le Code (1) ; à la nature des choses, parce que nous verrons, dans le courant de notre étude, que des différences de fond et de forme séparent nettement ces trois sortes d'actes.

Toutes les preuves écrites portent le nom générique d'*instrumentum*, à quelque catégorie qu'elles appartiennent.

(1) « Sed tantummodo ex forensibus, vel publicis instrumentis, vel hujusmodi chirographis quæ enumeravimus. » — L. 20, C., *De fid. instr.*

Cas où la rédaction d'un écrit est nécessaire

En principe, toute convention est parfaite, indépendamment d'un écrit ; dans les premiers temps du droit, les cérémonies symboliques, les formules sacramentelles et, pour certains contrats, l'accord des parties suffisent à créer l'obligation (1). Dans le dernier état du droit, même, la simple promesse de livrer une chose engage le promettant.

Il n'en est pas moins vrai que, dans un certain nombre de cas, la rédaction d'un écrit est nécessaire à la validité du contrat : l'écrit joue alors un double rôle : 1^o Il crée l'obligation ; 2^o il la prouve. Cette nécessité se présente dans trois hypothèses qui se rattachent à des ordres d'idées fort différents .

La première est celle du contrat *litteris*, dans laquelle l'écriture est, par excellence, la cause génératrice du contrat ; aussi nous nous bornons à la mentionner maintenant, nous réservant de la traiter à fond, dans le paragraphe consacré au *Codex*.

C'est là, du reste, l'unique exemple de ce genre que nous trouvions dans le droit romain (2), et il ne tarda pas à disparaître, lorsque les diverses causes que nous

(1) « *Emptio et venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit.* » — Inst., *De empt. et vend. præm.*

(2) Nous faisons évidemment rentrer ici, dans ce mode de contracter, les obligations souscrites au profit des *argentarii* et qui prenaient leur source dans les inscriptions que ceux-ci faisaient sur leurs registres.

signalerons en traitant du contrat *litteris* firent perdre l'habitude de tenir un codex.

Dans les deux autres hypothèses, la nécessité de la rédaction d'un écrit résulte soit de la volonté des parties, soit d'une disposition expresse de la loi

Il arrivait parfois que les parties décidaient d'un commun accord que l'obligation ne serait valablement créée qu'autant qu'il en aurait été dressé acte. Justinien disposa expressément qu'en pareil cas, le contrat ne serait définitivement formé que lorsque l'écrit aurait été rédigé (1); et il réglementa avec soin les différentes conditions que celui-ci devait réunir et dont l'inobservation empêchait l'obligation de se former.

La Loi 17, C., *De fide instrumentorum* nous apprend qu'un brouillon (*scheda*) d'acte était insuffisant à créer une obligation, et ne pouvait être regardé que comme un simple projet. Il fallait que l'écrit fût mis au net et signé ou, tout au moins, scellé par les parties en signe d'approbation ; enfin, lorsqu'un tabellion avait été chargé de la confection de l'acte, celui-ci devait être rédigé avec tout le détail minutieux des formalités imposées pour les *instrumenta publice confecta*.

On le voit : si les parties n'étaient pas obligées de recourir à un écrit pour former le contrat, du moins, lorsqu'elles voulaient le subordonner à la rédaction d'un acte, étaient-elles soumises à des exigences rigoureuses et si nécessaires que jusqu'à leur parfait ac-

(1) « In his autem quæ scriptura efficiuntur, non aliter esse perfectam venditionem et emptionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta. » — *Inst.* lib. III tit. 23.

complissement le contrat n'était pas formé, et chaque partie pouvait sans aucune difficulté y renoncer (1). La seule exception apportée à cette règle se présentait lorsque des arrhes ont été données. La loi voit, dans ce fait, une sorte d'engagement pris par les parties de mener à bonne fin le contrat, elles ne peuvent donc y renoncer qu'à la condition d'abandonner les arrhes, si c'est celui qui les a données qui refuse de s'engager; et, si c'est l'autre, de les rendre au double.

Voilà pour ce qui concerne les cas où la volonté des parties a subordonné l'existence de l'obligation à la confection d'un écrit; mais il y a, nous l'avons dit, toute une série d'actes pour lesquels des textes spéciaux, consacrant un long usage, imposèrent une rédaction. Nous allons les énumérer rapidement; presque tous se réfèrent à des questions d'état.

L'ingénuité ne pouvait être établie par témoins; la Loi 2, C., *De Testibus* le déclare expressément (2).

Une constitution de Théodose et Valentinien veut qu'un *libellus repudii* soit envoyé au cas de répudiation: « Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio dissolvi præcipimus (3). »

Bien que, comme il résulte du texte précédent, un écrit ne fût pas, en général, nécessaire pour contrac-

(1) « Donec enim aliquid deest ex his et penitentiae locus est, et potest emptor vel venditor sine poena recedere ex emptione. » — Inst. *De empt.*, III, 23.

(2) « Si tibi causa ingenuitatis fit, defende causam tuam et instrumentis et argumentis quibus potes. Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt. »

(3) L. 8 *præm.*, C., *De repudiis*, V, 17.

ter mariage, il y avait néanmoins un cas où il en était autrement; c'est celui où il y avait légitimation des enfants nés antérieurement du concubinat (1).

Du reste, Justinien imposa aux grands dignitaires de l'empire la nécessité de faire un acte dotal lors de leur mariage. Quant aux personnes d'un rang inférieur, elles furent tenues de se présenter au *defensor ecclesiæ* qui recevait leur déclaration de mariage et en dressait acte ainsi que nous le verrons au chapitre des *acta publica* (2).

Constantin, en autorisant les affranchissements *in sacrosanctis ecclesiis* exigea aussi qu'un écrit fût donné et scellé par les prêtres et les témoins pour tenir lieu d'acte (3).

Enfin, du jour où une déclaration faite devant le magistrat et enregistrée par lui, ou un rescrit du prince suffirent à parfaire un certain nombre d'opérations juridiques qui, jusque là, avaient été soumises à d'antiques formalités que la civilisation avait fait tomber en désuétude, de ce jour, disons-nous, toutes ces opérations ne purent plus avoir lieu sans un écrit; ces actes sont :

La légitimation qui ne pouvait se faire que par mariage subséquent, *dotalibus instrumentis compositis*, par oblation à la curie avec inscription sur ses regis-

(1) L. 10, C., *De naturalib. lib.* Nov. 89, ch. viii; Inst., § 13, *De nuptiis*.

(2) Nov. 74, ch. iv. — Les paysans et ouvriers étaient seuls dispensés de faire constater leur mariage par un écrit.

(3) L. 1, C., *De his qui in ecclesia manumittuntur*.

tres (1), par rescrit du prince, ou par testament du père confirmé par un rescrit (2).

L'adoption, lorsqu'elle résulta d'un acte dressé devant le magistrat, et l'adrogation quand elle dut se faire par rescrit du prince (3).

Nous en dirons autant de l'émancipation par les voies anastasiennes puisqu'elle aussi résultait d'un rescrit du prince insinué *apud competentem judicem* (4).

Enfin, et dans un autre ordre d'idées, la nécessité d'insinuer les donations eut pour conséquence de subordonner la validité de celles-ci à la rédaction d'un écrit. L'insinuation déjà en usage pour les donations à l'époque des jurisconsultes (5), fut rendue obligatoire par Constance Chlore. Son fils Constantin confirma cette disposition en exigeant que toutes les donations, quel que fût leur chiffre, fussent constatées par écrit, à peine de nullité.

En 428, on restreignit la nécessité de l'insinuation aux donations supérieures à deux cents solides ; Justinien, par une constitution de 529 éleva cette limite à trois cents solides, puis, par une nouvelle constitution de 531, il la porta à 500, en déclarant les donations non écrites qui l'excéderaient non pas nulles mais réductibles à ce chiffre ; enfin, il dispensa de cette obligation, quel que fût leur chiffre, les donations *mortis*

(1) L. 3, C., *De natural. lib.*

(2) Nov. 74, ch. II, § 1 ; Nov. 89, ch. X. Inst. I, 10, § 13.

(3) Inst. I, 21., L. 2, C., *De adoption.*

(4) L. 5., C., *De emancipat liberorem.*

(5) *Conf., Fragm. vat.*, §§ 266 et 268.

causa et celles faites à l'empereur ou par lui, celles faites pour la reconstruction d'une maison incendiée, pour le rachat des captifs, ou pour la constitution d'une dot (1).

Nous diviserons notre première partie en trois chapitres consacrés chacun à l'une des classes d'actes que nous avons énumérées au début de cette première partie.

CHAPITRE PREMIER

Actes privés

SECTION PREMIÈRE

Des divers actes privés

Le nombre des actes privés qui, à Rome, pouvaient servir de preuve, est assez considérable. Nous les étudierons successivement, en commençant par les mentions contenues dans le *Code*, parce que ce moyen de preuve, en même temps qu'il est le plus original de tous ceux que renferme le droit romain, est aussi celui que nous voyons apparaître le premier dans l'ordre chronologique.

Nous examinerons ensuite les *chirographa* et les *syngraphæ* que des questions de doctrine y rattachent

(1) Cf., L. 1 et 8, C., Theod., *De sponsal.* III, 15; *Fragm. vat.*, § 249; L. 4, C., *De donat. mort. caus* ; L. 36, § 3, C., *De donat.*; Inst., § 2, *De donat.* — Abstraction faite de ces hypothèses, tous les écrits ne sont que des moyens de preuve,

directement; puis, les *rationes pupillares* et les *argentiorum codices*.

Ces deux dernières sortes d'actes ainsi que le *Codex* ont reçu, à raison de leur usage particulier, le nom d'*instrumenta domestica* par opposition aux *instrumenta privata* qui comprennent, outre les *chirographa* et les *syngraphæ* déjà mentionnés, l'*apocha*, l'*antapocha* et, en général, tous les autres moyens de preuve, connu sous le nom général de *cautiones*, et par l'étude desquels nous terminerons notre section première.

I

Du Codex ou Rationes domesticæ et du Contrat litteris

Les actes, en droit romain, avaient pour but ordinaire, de faire preuve des conventions qu'ils relataient. Mais à côté de cette utilité générale, certains d'entre eux servaient en outre à créer des obligations.

De ce nombre sont les écritures qui constituaient le contrat *litteris*. Bien que, pour rester exactement dans les limites de notre sujet, nous ne devons considérer les mentions inscrites dans le *Codex*, qu'au point de vue de leur force probante, nous sommes néanmoins obligés de les examiner en tant que source de l'obligation littérale. C'est que ces mentions, étant de l'essence même du contrat *litteris* avec lequel elles se confondent, pour ainsi dire, il faut bien, avant de nous demander ce qu'elles prouvent, savoir en quoi elles consistent.

Nous sommes donc conduits fatalement à étudier le contrat *litteris*, pris en lui-même.

C'est ce que nous allons essayer de faire le plus rapidement possible.

Aussitôt que l'usage de l'écriture fût généralisé chez les Romains, ceux-ci, gens parcimonieux et méthodiques, prirent l'habitude de noter exactement les gains et les pertes qui pouvaient faire varier leur fortune, au moyen de registres spéciaux.

Jour par jour, ils inscrivaient sur des tablettes nommées *adversaria*, les différentes opérations qu'ils accomplissaient : marchés, ventes, aliénations (1).

Ces *adversaria* étaient une sorte de brouillon assez analogue à celui des commerçants actuels; peu importait qu'ils renfermassent des inexactitudes, des négligences ou des omissions, car ils étaient dénués de toute valeur en justice; ce n'étaient, à proprement parler, que des matériaux qui permettaient au père de famille de fixer ses souvenirs, et d'établir ensuite avec clarté et précision ce que nous pourrions appeler son bilan domestique.

Chaque mois, en effet, les *adversaria* étaient dépouillés, et leur contenu relevé, puis transcrit sur un second registre nommé *tabula*, *ratio* ou *codex*.

Ce *Codex*, à la différence des *adversaria*, avait une grande importance; les mœurs et son antique origine lui donnaient une autorité considérable et presque religieuse : il était reçu en justice, et tout citoyen qui se respectait considérait comme un devoir d'éviter tout

(2) *Moris fuit unum quemque domesticam rationem sibi totius vitæ per dies singulos scribere, ex qua appareret quid quisque de redditibus suis, quid de arte, fœnore lucrove se posuisset quoquo die, et quid sumptus damnive fecisset.* — *ASCONIUS, Com. sur la 2^e verrine.*

retard et toute négligence dans sa rédaction. Ne pas avoir de *Codex* eut été un réel déshonneur, et nous voyons Marc-Antoine considérer comme une injure, le seul soupçon à cet égard (Cic., *De orat.*, II, 23).

Cicéron lui-même fait un grief des plus sérieux à Verrès de l'interruption de ses *tabulæ*, qu'il qualifie, d'autre part, dans sa plaidoirie pour Roscius d' « eternæ, quæ perpetuæ existimationis fidem et religionem amplectuntur » (Cic., *In Verrem. orat.*, II, I, 23, et *Pro Roscio comæd. orat.* III, § 2).

Le *Codex* était tenu en partie double : il contenait, d'un côté, les dépenses que le père de famille avait faites : c'était le *Codex accepti* (1).

Les créances y étaient indiquées par la formule suivante : « Expensum Titio C... » et figuraient par conséquent au *Codex expensi* ; les dettes, au contraire, étaient notées dans le *Codex accepti* au moyen de la mention. « Acceptum a Titio C. »

L'autorité des *tabulæ* était telle qu'elles pouvaient servir à prouver toute espèce de convention, et faire preuve au profit de leur propriétaire lui-même, sauf cependant la preuve contraire que pouvait offrir l'adversaire en produisant son registre ou en faisant entendre des témoins.

Nous reviendrons plus tard sur ce point ; auparavant, il convient d'étudier la nature de la preuve que le *Codex* faisait du contrat *litteris* ; or, ce point ne

(1) Pline parlant de la Fortune invoquée, appelée, accusée, louée, adorée en tous lieux, à toute heure, s'exprime ainsi : « Huic omnia expensa, huic omnia feruntur accepta ; et in tota ratione mortalium, sola utramque paginam facit. » — PLINE l'Ancien, II, 7.

peut être éclairci qu'à la condition de donner quelques notions rapides sur ce genre de contrats.

Gaius (C., III, §§ 128-131) s'exprime ainsi : « *Litteris obligatio fit, veluti in nominibus transcripticiis...*, etc. » Qu'est-ce que cette *obligatio litteris*? qu'est-ce que ces *nomina transcripticia*?

On appelait *nomen* la mention d'une créance sur le *Codex* à cause du *nom* des parties qui devait y figurer.

Lorsque cette mention constatait une créance résultant d'un *mutuum*, elle portait le nom de *nomen arcarium*; au cas où la créance résultait d'un autre contrat, la mention ne portait pas de nom particulier.

Dans le paragraphe de Gaius que nous venons de citer, il s'agit de créances qui, inscrites sur le *Codex*, ne constataient pas seulement le résultat d'une opération; mais étaient, par elles-mêmes, une source d'obligations.

Ainsi donc plus besoin de pesée d'airain, comme dans le *nexum*, plus besoin même de paroles solennelles comme dans la stipulation : l'écriture suffit à créer l'obligation. L'inscription faite par moi sur mon registre que j'ai reçu une telle somme de Titius suffit à me constituer son débiteur. Titius, de son côté, mentionnera, dans son *Codex expensi*, la même somme, et l'obligation prendra naissance absolument comme si l'argent avait été effectivement pesé et reçu.

Ici se place la question délicate de la matière : nous voyons que le créancier inscrit, sur son registre, qu'il a prêté telle somme à son débiteur : sur ce point, la précision et la concordance des témoignages ne laissent rien à désirer ; mais cette mention suffit-elle pour

créer l'obligation, ou faut-il, de la part du débiteur, une inscription correspondante sur son *Codex accepti*?

On a soutenu cette dernière opinion à l'aide de plusieurs arguments qui, au premier abord, paraissent assez concluants :

1° D'abord, a-t-on dit, le *contrat litteris* est une institution parallèle à la *stipulation* ; de même que, dans celle-ci on suppose les formalités du *nexum* remplies ; dans l'obligation *litteris*, l'inscription de la créance par l'une des parties dans son *Codex expensi*, sur l'ordre de l'autre, n'est pas autre chose que la mention d'une pesée fictive de l'airain (*expensum*).

Ces deux institutions étant de même nature, doivent être soumises à des règles analogues ; or, puisque dans la stipulation les deux parties doivent prononcer des paroles solennelles ; dans l'obligation *litteris* toutes deux doivent écrire.

2° Cicéron nous dit expressément qu'il est aussi honteux de ne pas inscrire sa dette sur son registre que d'inscrire faussement un prêt que l'on n'a pas fait (1).

On ajoute que le seul nom de *Codex accepti et expensi* exprime bien le parallélisme et la réciprocité qui doivent exister entre les mentions du débiteur et du créancier.

3° Enfin, on invoque le témoignage de Gaius lui-même (*Com.* III, § 137) : « Quum alioquin in verborum

(1) Nam quemadmodum turpe est scribere quod non debeatur; sic improbum est non referre quod debeas. » — Cic., *pro Roscio*, III, § 1.

obligationibus alius stipuletur, alius promittat ; et in nominibus alius expensum ferendo obligat, alius *referendo* obligetur. »

Quelque séduisants que paraissent ces divers arguments, aucun d'eux ne résiste à un examen sérieux :

Le dernier, celui tiré du texte de Gaius, perd toute sa valeur si l'on remarque que le manuscrit renferme une lacune, et que le mot *referendo*, qui la remplit, y a été précisément introduit par les partisans de l'inscription sur le registre du débiteur.

Quant à l'argument tiré de Cicéron, il est aussi inexact. Que dit, en effet, le grand orateur ? Qu'il est également honteux de ne pas inscrire sur son *Codex* la dette dont on est tenu que d'y inscrire un prêt que l'on n'a pas fait. Or, il y a bien loin de là à prétendre que l'inscription de la dette sur le registre du débiteur est nécessaire à la validité du contrat ! Il y a autant de différence entre ces deux idées qu'il y en a entre les obligations de la morale et les exigences du droit strict.

Certes, il était du devoir de tout citoyen probe et soigneux de consigner dans ses *tabulæ* aussi bien ses dettes que ses créances ; mais la négligence ou la mauvaise foi du débiteur ne pouvait ni ne devait nuire au créancier.

Cicéron, dont on a ainsi invoqué à tort le témoignage, vient, au contraire, dans le même plaidoyer pour Roscius, duquel on a tiré l'argument que nous réfutons, corroborer de la façon la plus précise notre opinion.

Il y avait, en effet, désaccord entre le registre de Roscius et celui de Fanius Chærea : ce dernier renfermait la mention d'une créance sur lequel le livre de Roscius était muet. Si, comme on voudrait le prétendre, la

concordance des deux registres eût été nécessaire, à la validité du contrat, il eût suffi à Cicéron de montrer que l'inscription n'existait que sur un seul *Codex* pour faire déclarer le contrat non formé.

Or, loin d'argumenter de cette divergence, Cicéron ne fait que mettre en balance la foi respective à accorder à chacun des registres. « La créance, dit-il, figure sur l'un des registres et pas sur l'autre. Pourquoi donc croire plutôt au premier qu'au second ? Est-ce Chærea qui a fait l'inscription sans en avoir reçu l'ordre de Roscius, ou bien est-ce Roscius qui n'a pas inscrit sur son registre l'obligation qu'il avait consentie (1) ? »

Quant à l'analogie que l'on prétend exister entre le contrat *litteris* et la stipulation, elle n'est pas aussi grande qu'on pourrait le croire ; tandis, en effet, que l'on ne pouvait stipuler qu'entre présents l'on pouvait contracter *litteris* entre absents (2) ; et cette possibilité ne peut s'expliquer en admettant la nécessité de la double mention ; car le créancier, ne pouvant vérifier si le débiteur inscrit la dette sur son registre, resterait constamment à sa merci.

En résumé donc, la simple inscription de l'obligation faite par le créancier sur son *Codex*, suffit à créer le contrat ; mais encore faut-il cependant que cette inscription ait été faite sur l'ordre du débiteur, ou de

(1) « Quod si ille proferet suas tabulas, proferet suas quoque Roscius : erit in illius tabulis hoc nomen ; at in hujus non erit. Cur potius illius quam hujus credetur ? Scripsisset ille, si non hujus jussu expensum tulisset ? Non scripsisset hic quod sibi expensum ferri jussisset. » — Cic., *Pro. Roscio orat.*, III, § 1.

(2) « Sed absenti expensum ferri potest. — Gaius, *Com.*, III, § 138.

son consentement ; car le consentement mutuel des parties est de l'essence même de tout contrat.

Toutefois, il n'est pas indifférent, au point de vue de la preuve, que le débiteur ait ou non opéré l'inscription sur son registre.

Trouve-t-on, en effet, sur son *Codex* une mention correspondante à celle du créancier, l'existence du contrat est irréfutablement constatée ; et le débiteur ne pourrait prétendre qu'il y a de sa part défaut de consentement. Au contraire, cette mention fait-elle défaut, le contrat n'en existera pas moins ; mais alors ce sera au créancier à prouver, par tous les moyens possibles, que c'est bien du consentement du débiteur qu'il a fait l'inscription sur son propre registre. « En un mot, deux faits seulement constituaient l'essence du contrat *litteris*, savoir : l'inscription de la somme, en la formule consacrée, comme *expensa lata*, sur le registre du créancier ; et, en outre, le consentement ou ordre du débiteur pour cette inscription. Celui qui se prétendait créancier *litteris* avait ces deux faits à prouver : le premier, matériellement, par l'apport de ses *tabulæ* portant l'inscription ; le second, par tous les moyens possibles d'établir qu'elle avait été faite du consentement ou sur l'ordre du débiteur. Le moyen de preuve régulier, ordinaire, c'était la concordance des deux registres, moyen tout à fait dans l'esprit de ce genre de contrat, dont l'utilité devait être d'éviter la nécessité de toute autre preuve. Voilà pourquoi ne pas opérer l'inscription de son registre, c'était, de la part du débiteur, un acte d'improbité (1). »

(1) ORTOLAN, *Expl. hist. des Instituts*, n° 1421.

Il résulte, d'ailleurs, de divers textes de Sénèque et de Cicéron que, dans l'usage, on évitait les difficultés sur la preuve du consentement en faisant intervenir des tiers qui servaient de témoins (*pararii*), ou même qui constataient sur leurs propres livres la formation du contrat (1).

Mais cette preuve n'était pas exclusive et pouvait se faire de toute manière, par exemple au moyen d'une lettre du débiteur qu'on annexait au registre.

Nous venons de voir qu'au point de vue de la perfection du contrat, il suffit que les *nomina* soient inscrits sur les *tabulae* du créancier. Il s'agit maintenant de déterminer en quoi consistera cette inscription.

Le *Codex*, nous l'avons dit, était tenu en partie double : d'un côté les *expensa*, de l'autre, les *accepta lata*. La question que nous examinons maintenant se ramène donc à savoir si les *nomina* destinés à créer le contrat *litteris* devaient figurer dans les deux parties du registre.

Ce point a donné lieu à de vives discussions entre les auteurs ; et malgré les arguments qu'on a de part et d'autre apportés à l'appui des deux systèmes, il est encore fort obscur à cause du peu de documents qui existent sur la matière.

Nous exposerons d'abord notre opinion, pour examiner ensuite celle de nos adversaires et réfuter ou tout au moins chercher à réfuter les raisons sur lesquelles ils basent leur doctrine.

Nous préférons opérer ainsi, parce que ce procédé de discussion, bien que peu en usage, abrégera beau-

(1) SENEC, *De benef.*, II, 23 et III, 15; CIC., *Epist. ad. Att.*, IV, 18.

coup la longueur de cette partie de notre travail ; la plupart des textes sur lesquels nous nous appuierons devant tout à la fois confirmer notre manière de voir et battre en brèche le système adverse.

Ceci dit, nous formulons ainsi notre opinion :

Le contrat *litteris* a deux applications :

1^o Il peut servir à créer une obligation première, c'est-à-dire, sans qu'il y ait eu, entre les parties contractantes, une obligation antérieure.

2^o On peut aussi l'employer pour remplacer une obligation antérieure résultant d'une cause quelconque, comme par exemple, d'un *mutuum*, d'une vente, etc., existant entre les mêmes parties (*transcriptio a re in personam*) ; ou pour éteindre une obligation contractée avec un premier débiteur à un titre quelconque, et la remplacer par une nouvelle obligation contractée *litteris* avec un nouveau débiteur (*transcriptio a persona in personam*) (1).

Pour comprendre l'utilité que présente le contrat *litteris* dans la deuxième application, il suffit de remarquer que l'existence de ce contrat dépendant de la seule inscription sur le *Codex* du créancier, il suffit que ce dernier prouve le consentement du débiteur pour que l'obligation existe, sans qu'on ait à se préoccuper s'il y a eu réellement remise d'argent (2).

(1) *Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo, vel a re in personam, vel a persona in personam.* — GAIUS, *Com.*, III, § 128.

(2) Toutefois la jurisprudence et le droit prétorien viendront ici, comme dans le cas de la stipulation, au moyen de l'exception de dol, remédier à l'iniquité de cette rigueur civile. — CIC., *De officiis*, III, § 14.

Le créancier a donc tout intérêt à convertir un *mutuum*, par exemple, en obligation *litteris* puisque l'obligation née du *mutuum* étant éteinte, il ne sera pas obligé, pour triompher, de prouver qu'il y a eu réellement numération d'espèces, preuve souvent difficile à faire.

Au point de vue de la première application le contrat *litteris* sera aussi d'un usage précieux, par exemple pour déguiser une donation, en la colorant d'un *nomen debiti*.

Ceci posé, quelles écritures devra faire le créancier ? Dans la première application du contrat *litteris*, c'est-à-dire quand il n'y aura pas d'obligation préexistante, le créancier inscrira simplement dans ses *tabulæ*, à la colonne du *Codex expensi* : « *Expensum Titio C.*, » ou « *Titio C., expensa lata.* »

Par cela seul qu'il sera prouvé que le débiteur Titius l'a autorisé à faire cette inscription, ce débiteur sera tenu de la somme portée sur le *Codex*.

Remarquons qu'ici le créancier n'a pas à *causer* (1) son obligation, puisque c'est l'inscription même du *no-*

(1) D'après les principes admis pour la rédaction des *tabulæ*, toute mention d'une *acceptilatio* ou d'une *expensilatio* devait, en général, indiquer la cause de l'obligation et dire si, par exemple, elle avait sa source dans un *mutuum*. — Cette mention constituait un *nomen arcarium* (*De arca*, caisse), parce qu'en réalité c'était la sortie réelle de la caisse du créancier qui donnait naissance à l'obligation. Le *nomen arcarium* ne pouvait donc être qu'un mode de preuve susceptible d'être combattu par toute preuve contraire. — C'est bien ici le cas de rappeler ce que nous disions, au début de notre article, sur le double rôle que peuvent jouer les *nomina* : tantôt ils ne sont qu'un mode de preuve, tantôt ils sont une cause d'obligation.

men, selon la formule consacrée qui en est la seule et unique cause.

Examinons maintenant la seconde application : elle comprend deux cas : la *transcriptio a re in personam* ; et la *transcriptio a persona in personam*.

PREMIER CAS. — *Transcriptio a re in personam*. — Titius me doit cent à titre de *mutuum* par exemple ; et je veux, de son consentement, remplacer cette dette par une obligation *litteris*. Que dois-je faire ?

Et d'abord, mon *Codex expensi*, s'il est régulièrement tenu, doit contenir la mention ; « *Expensum Titio C. mutui causa* ». — C'est là un *nomen arcarium* ; il est causé, et il doit l'être, en effet, car la cause de l'obligation, ce n'est pas l'inscription sur mon *Codex*, c'est le *mutuum* lui-même.

Pour éteindre cette obligation née du *mutuum*, j'inscrirai simplement sur mon *Codex accepti* : « *Titio C. accepta lata quæ mihi debebat mutui causa.* » Puis, comme j'ai entendu non pas libérer en réalité Titius, mais bien l'obliger *litteris*, j'inscrirai sur mon *Codex expensi* : « *Titio C. expensa lata,* » sans causer aucunement ce *nomen*. Titius, par cela seul qu'il a consenti à cette seconde inscription, se trouve obligé envers moi *litteris* ; et je jouirai, en cas de contestation ultérieure de sa part, de tous les avantages inhérents à ce genre de contrats.

Ainsi, en résumé, la mention portée à la colonne de l'*acceptum* a éteint l'obligation dont le *nomen arcarium* faisait la preuve ; et la nouvelle inscription à la colonne de l'*expensum* a donné naissance à une obligation *litteris*.

DEUXIÈME CAS. — *Transcriptio a persona in personam*. — Titius est mon débiteur de Cent, à un titre quelconque. Il a lui-même pour débiteur Seius, à un titre également quelconque, et pour pareille somme. Il me délègue Seius, et celui-ci consent à s'obliger envers moi *litteris*. Comment le changement de dette et de débiteur s'opèrera-t-il ? Comme je suis créancier de Titius, mon *Codex expensi* doit porter la mention : « *Expensum Titio C.* » Ce *nomen* sera causé ou non, suivant que Titius est ou non engagé envers moi *litteris*.

Pour éteindre cette obligation, j'inscrirai sur mon *Codex accepti* : « *Titio C. accepta lata,* » mention à laquelle j'ajouterai, s'il y a lieu, la cause de l'obligation que je viens ainsi d'éteindre. Puis, pour constituer Seius mon débiteur *litteris*, j'inscrirai sur mon *Codex expensi* : « *Expensum Seio C,* » sans autre mention. De cette façon, Seius sera bien tenu envers moi, et cela par la seule force de l'écriture, sans qu'en réalité il y ait eu remise effective d'argent de la part de Titius à moi ; et de ma part à Seius (1).

Ainsi, dans la première application du contrat *litteris*, le créancier n'a qu'une seule inscription à faire dans son *Codex expensi*, tandis que, dans la seconde, il en fera deux : une *acceptilatio* pour éteindre la première obligation, et une *expensilatio* pour créer la seconde.

C'est là, précisément, ce qui est contesté ; et un

(1) Nous négligeons à dessein de parler des inscriptions que Titius et Seius, le déléguant et le délégué, devront faire sur leurs *tabulae* respectives ; mentions analogues et correspondantes à celles que nous venons d'indiquer pour le créancier délégataire.

grand nombre d'auteurs, suivant sur ce point la doctrine universellement professée en Allemagne, soutiennent que, dans tous les cas, il y a lieu, pour le créancier, à faire deux inscriptions.

Cela revient à dire que les *nomina transcripticia* constituent la seule forme du contrat *litteris*.

Nous allons nous efforcer de prouver le contraire. Reprenons le § 128 de Gaius ; il est conçu en ces termes : « *Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo : vel a re in personam, vel a persona in personam.* »

La seule lecture de ce texte devrait, nous semble-t-il, prouver la justesse de notre opinion : en effet, si le contrat *litteris* ne pouvait s'opérer que par une *transcriptio* qui suppose nécessairement une obligation antérieure vraie ou simulée, à éteindre, et par suite une double mention à inscrire dans les *tabulæ* ; si, disons-nous, le *nomen transcripticium* était le seul mode de création du contrat *litteris*, Gaius dirait simplement : « *Litteris obligatio fit nominibus transcripticiis.* »

L'emploi de cette tournure : *fit veluti in*, nous indique que les *nomina transcripticia* ne sont qu'une des applications du contrat *litteris* : et partant que ce contrat peut se former sans qu'il y ait *transcriptio*. Quelle sera donc la cause qui lui donnera naissance ? Ce sera le *nomen* ; non pas le *nomen arcarium*, mais le *nomen* pur et simple, la mention portée à l'*expensum*, selon la formule consacrée ; en un mot, ce *nomen* par excellence dont tant d'auteurs latins nous parlent si souvent, sans y ajouter d'autre épithète (1).

(1) Nous donnerons plus loin des exemples de cette expression

On a prétendu, il est vrai, que le mot *veluti* qui se trouve dans le texte de Gaius fait allusion aux *syn-graphæ* dont il est question au § 134 ; mais c'est là une explication évidemment forcée imaginée pour les besoins de la cause.

La suite du texte de Gaius continue à nous donner raison : lorsqu'au § 131, il compare les *nomina arcaria* aux inscriptions qui servent à créer le contrat *litteris*, il cesse de se servir pour désigner celles-ci de l'expression de *nomina transcripticia*. C'est que, comparant d'une façon générale les contrats de toute nature, dont les *nomina arcaria* ne sont que la preuve, au contrat *litteris* dont les écritures sont la cause, il ne peut plus se servir pour désigner ces écritures d'un terme qui n'en comprend qu'une certaine variété.

Cela est tellement vrai que, lorsque dans le § 137 il compare les effets respectifs des obligations consensuelles d'une part, et de la stipulation et du contrat *litteris* de l'autre, il se sert pour désigner les écritures qui donnent naissance à ce dernier, du mot *nomina* tout court, expression qui comprend les *nomina transcripticia* comme le genre comprend l'espèce.

Nous avons dit, tout à l'heure, que l'expression *nomina* se rencontrait dans un grand nombre d'auteurs ; il nous suffira d'indiquer : Cicéron « *nomina facit* » (*De off.*, III, § 4). — Sénèque, « *nomina secum fieri* » — Paul, « *nomina facta sunt* » (*Dig.*, 2, 14, *Depact. fr.* 9). Il n'y a pas jusqu'à Plaute et à Horace qui, à chaque instant ne disent : « *Scribere nomen* ou *scribere*

nomen, employée dans un sens qui ne laisse aucun doute sur la justesse de notre assertion.

nummos ; » et, qu'on le remarque bien, dans tous les cas où cette expression est employée, il s'agit évidemment d'une obligation première à créer, et nullement d'une ancienne obligation à remplacer par une obligation *litteris*.

Tant de textes concordants devraient, semble-t-il, suffir à convaincre nos adversaires, qu'une double inscription n'est pas nécessaire dans tous les cas pour former le contrat *litteris* ; mais nous pouvons encore présenter, pour achever notre preuve plusieurs arguments d'un ordre différent.

Gaius examine au § 133 la question de savoir si les *nomina transcripticia* qui servent à former un contrat du *jus civile* sont applicables aux pérégrins, et il nous apprend qu'après bien des hésitations, Sabinus et Crassus ont admis contrairement à Nerva, que les pérégrins pouvaient s'obliger par une *transcriptio a re in personam* ; tandis que tous les jurisconsultes romains leur déniaient le droit de s'obliger par une *transcriptio a persona in personam*.

Eh bien, cette distinction entre les deux genres de *transcriptio* vient pleinement confirmer notre opinion ; il est, en effet, bien permis de supposer que, le contrat *litteris* étant du *jus civile*, il n'a jamais pu être question pour un pérégrin de contracter par ce moyen une obligation première. Tout au contraire, lorsqu'un pérégrin se trouvait déjà lié, en vertu d'un contrat du droit des gens envers un citoyen romain, on pouvait, jusqu'à un certain point se permettre de discuter s'il ne pouvait transformer cette obligation première en un contrat *litteris* au moyen d'un *nomen transcripticium* :

Partant de ce principe, on se rend fort bien compte que les jurisconsultes les moins rigoristes n'aient accordé aux pérégrins que l'usage de la *transcriptio a re in personam*. C'est que, dans ce cas, on trouvait après comme avant l'opération les mêmes parties en présence, et qu'il n'y avait, par conséquent, pas d'inconvénient à autoriser un changement qui, en somme, ne faisait qu'augmenter la sécurité du citoyen qui avait consenti à contracter avec un pérégrin.

Tout au contraire, dans le cas d'une *transcriptio a persona in personam*, on eût substitué à un débiteur citoyen, un débiteur pérégrin, et l'on eût, pour ainsi dire, introduit dans le domaine du droit civil, un pérégrin avec qui le créancier délégataire n'avait eu jusqu'alors aucun rapport.

Il ne nous reste plus, maintenant, pour terminer, qu'à examiner rapidement comment nos adversaires soutiennent leur opinion, et à indiquer ce qu'elle présente d'inadmissible. Les détails et les arguments que nous venons de donner sur la matière abrégeront fort cette analyse.

M. Accarias, partisan de la nécessité d'une double inscription s'exprime ainsi à ce sujet (1) :

« Le contrat *litteris* est un prêt d'argent fictif dont les deniers sont censés fournis au créancier par une autre numération d'argent également fictive. Si cette définition est exacte, et je crois en avoir rigoureusement démontré tous les termes, elle nous donne le contenu des écritures solennelles ; il faut d'abord qu'elles contiennent un *expensum*, à cet égard, Gaius (III,

(1) ACCARIAS, *Précis de droit romain*, II, n° 578.

129, 130, 137) est trop formel pour laisser place au moindre doute ; mais il faut aussi qu'elles constatent un *acceptum*. Il le faut, dis-je, nonobstant le silence de Gaius. Sans cela, en effet, la corrélation entre le fond et la forme serait incomplète, sans compter qu'à la lecture du *Codex*, le *nomen transcripticium* se confondrait avec le *nomen arcarium*, puisque ce dernier ne peut être constaté que par la simple mention d'un *expensum*. Cette démonstration purement théorique est tout à fait confirmée par Cicéron lorsque, relevant l'impudence de Fannius Chærea, qui ose alléguer un *nomen* non inscrit sur son *Codex*, il lui adresse cette phrase significative : « In codicem acceptum et expensum referri debuit (Pro. Rosc. com. § 3). La nécessité de cette double constatation nous explique de la manière la plus satisfaisante les expressions *transcriptio* et *transcripticum nomen*. Le créancier, en effet, reporte ou transcrit à la colonne de l'*expensum* une somme qu'il a dû faire figurer à la colonne de l'*acceptum*. »

Toute la première partie de cet exposé tombe, si l'on admet comme nous ; que les *nomina transcripticia* ne constituent pas la seule manière de s'obliger *litteris*. Or, nous avons démontré que rien, dans le langage de Gaius, n'indique que le *nomen transcripticum* soit le seul mode de contracter une obligation littéraire.

Tout au contraire, Gaius lui-même (§ 137), se sert de l'expression de *nomina* tout court quand il indique les effets du contrat *litteris* en général. Nous avons vu, d'ailleurs, qu'il n'est pas le seul à s'exprimer ainsi.

L'observation de M. Accarias que, s'il n'y a pas d'*acceptilatio*, le *nomen* générateur du contrat *litteris* se confondrait avec le *nomen arcarium*, n'est pas plus concluante ; le seul fait que l'*expensum* sera ou non causé indiquera immédiatement à quel genre de contrat on a affaire.

Enfin, le texte de Cicéron, cité par M. Accarias, s'explique parfaitement tout en admettant notre manière de voir. Quelle était, en effet, dans l'espèce, la prétention de Fannius Chærea ?

Il soutenait que Roscius était son débiteur et, pour prouver son dire, il présentait simplement ses *adversaria* prétendant avoir omis de les relever sur son *Codex*.

Cicéron, après avoir fait remarquer au demandeur que c'était folie de vouloir présenter sur simple brouillon (les *adversaria*) comme un moyen de preuve, s'exprime ainsi : « Annumerasse sese negat ; expensum tulisse non dicit, quum tabulas non recitat. Reliquum est ut stipulatum esse dicat : præterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit non reperio (1) ». Partant dès lors, de ce principe que la cause première de l'obligation était nécessairement une stipulation, il n'y a rien d'étonnant à ce que Cicéron dise à Roscius : « Mais, si tu prétends que cette stipulation devait être convertie en une obligation *litteris*, il faudrait qu'on retrouvât sur tes *tabulæ* l'*acceptum* (destiné à éteindre l'obligation résultant de la stipulation) et l'*expensum* (destiné à produire le contrat *litteris*) ».

Si donc Cicéron parle ici de la nécessité d'un

(1) *Pro Rosc. comæd.*, III, § 4.

acceptum, c'est qu'il suppose qu'il y avait eu auparavant stipulation ; on se trouverait dès lors dans le cas d'une *transcriptio are in personam* ; rien de plus naturel que l'exigence d'une double mention. Enfin, et bien qu'ils ne l'avouent pas, les partisans de la double inscription doivent se trouver eux-mêmes embarrassés lorsqu'ils rendent compte de la fonction pratique du contrat *litteris*.

Reprenons M. Accarias (n° 579) : « Et d'abord, dit-il, de ce que le contrat *litteris* s'analyse en un prêt fictif, on déduirait à tort qu'il exclue nécessairement l'idée d'un prêt réel. Tout au contraire, on le conçoit comme n'étant, dans certains cas, que la transformation d'un prêt de cette dernière espèce, et alors, voici comment les choses se passent : le prêteur commence par mentionner sur son *Codex* le *nomen arcarium* qui résulte de la numération des espèces. Cela fait, il écrit que le débiteur a payé la somme, puis l'a de nouveau reçue. Nous avons donc bien ici, ce que suppose toujours le contrat *litteris* un *acceptum* et un *expensum* qui n'expriment que deux fictions. En second lieu, ce serait une erreur grave de s'imaginer, sur le vu des hypothèses présentées par Gaius, que ce contrat tende invariablement, semblable en cela à la novation, à remplacer une obligation antérieure par une obligation nouvelle. Il est fort possible, en effet, qu'il ne se rattache à aucun rapport de droit préexistant. Par exemple, je veux vous faire une donation ou vous ouvrir un crédit ; vous écrirez sur votre livre que vous avez reçu de moi telle somme, puis que vous me l'avez comptée. Ce sera alors une *transcriptio are in personam*. De même, si c'est à un tiers que je veux faire la do-

nation ou ouvrir le crédit, il peut, par mon ordre et avec votre consentement, écrire qu'il a reçu de moi telle somme et qu'il vous l'a comptée. Ici, nous aurons une *transcriptio a persona in personam* ».

Rien, dans notre système, ne répugne à l'idée que le contrat *litteris* peut servir dans le cas d'un prêt réel. Dans tous les cas où il y a lieu aux *nomina transcripticia*, il n'est même jamais que la transformation d'un prêt de cette nature ou de toute autre obligation ; et, à ce point de vue, nous sommes en accord complet avec M. Accarias ; mais où nous ne le comprenons plus, c'est dans les exemples qu'il donne à la fin du paragraphe précité. Il faut, selon lui, si je veux vous faire une donation, que vous inscriviez sur vos *tabulæ* d'abord que vous avez reçu de moi telle somme, puis que vous me l'avez comptée.

Mais il nous semble qu'une semblable inscription ne conduit pas du tout au résultat désiré. En effet, par quoi sera motivé l'*acceptum* ? Par rien, évidemment, parce qu'il n'y a pas sur votre registre de *nomen arcarium* constatant de votre part une obligation antérieure envers moi. L'*expensum* que vous inscrirez ensuite ne pourra donc correspondre qu'au précédent *acceptum* : donc, ce qu'il résultera de vos écritures, c'est que je vous ai prêté une somme, puis que vous me l'avez rendue. Nous ne serons donc, après toutes ces inscriptions, pas plus avancés qu'auparavant.

N'y aurait-il même pas inexactitude à qualifier cette opération de *transcriptio a re in personam* ? Celle-ci, en effet, a pour but l'extinction d'une précédente obligation et son remplacement par une obligation littérale ; il faut donc nécessairement un *nomen*

arcarium antérieur, et l'*acceptum* inscrit par le créancier sur ses *tabulæ* correspond précisément à ce *nomen arcarium* dont il a pour but d'éteindre le contrat générateur.

Avec notre système, dans l'espèce présentée par M. Accarias, il suffira pour réaliser par la voie du contrat *litteris*, une donation à votre profit, que vous inscriviez dans votre *Codex expensi*, avec mon consentement, la somme dont je veux vous gratifier comme m'ayant été par vous comptée. Il n'y aura ici aucune espèce de *transcriptio* ; il y aura simplement obligation *litteris* à votre profit, et résultant de l'*expensum*, du *nomen* que vous avez inscrit dans vos *tabulæ*, selon la formule consacrée.

Cela est si vrai que, dans l'exemple auquel M. Accarias fait allusion, et qui se trouve dans Valère Maxime, il n'est absolument question que d'*expensum*, et que le mot, ni l'idée de *transcriptio* n'y figurent explicitement ou implicitement (1).

La preuve nous semble maintenant faite d'une façon irréfutable ; toutefois, nous présenterons encore deux arguments par lesquels nous terminerons ce que nous avons à dire du contrat *litteris* tel, du moins, qu'il existait dans les premiers temps.

Premier argument. — Le contrat *litteris* et la stipulation offrent une grande analogie, et sont tous deux de même nature. On peut donc raisonner de l'un

(1) « C. Visellius Varo, gravi morbo correptus, trecenta milia nummum ab Oracilia Laterensi, cum cui commercium libidinis habuerat expensa sibi ferre passus est... quos, ut fronte inverecunda, ita inani stipulatione captaverat. » — VAL. max., VIII, 2, § 3.

à l'autre. Or, Ulpien et Pomponius (1) disent expressément que lorsque la stipulation intervient immédiatement à la suite d'un *mutuum*, les deux actes n'en font qu'un, et le premier se fond dans la stipulation. Nous devons étendre cette solution au contrat *litteris*; il absorbera donc le contrat qui l'a motivé, lorsqu'il sera formé aussitôt après; il en sera de même *a fortiori*, lorsque l'expensilation sera consentie par simple libéralité (2).

Dire que le premier contrat est absorbé, c'est assez dire qu'il n'y a rien à détruire, et, par conséquent, qu'il n'y a pas à mentionner dans le *Codex* un *acceptum*.

Deuxième argument. — Si, contrairement à nous, on refuse à un simple *nomen*, consistant dans l'inscription au *Codex* d'un *expensum* non causé, le pouvoir d'engendrer un contrat *litteris*, il n'y a plus moyen de distinguer, au vu des mentions inscrites sur les *tabulæ* du créancier, dans laquelle des deux hypothèses suivantes on se trouve :

1° Vous me devez cent à titre de *mutuum*; vous me les remboursez, puis je vous les prête à nouveau également à titre de *mutuum*;

2° Vous me devez cent à titre de *mutuum*; puis nous transformons cette dette en un contrat *litteris*, au moyen d'une *transcriptio a re in personam*.

Dans les deux cas, le *nomen arcarium* constatant le premier *mutuum* sera rédigé de la même façon; cela est de toute évidence. De même, l'*acceptilatio* destinée à l'éteindre sera, dans les deux cas, faite dans les

(1) *Dig.*, XXXXVI. 2, *De novat.*, 6, § 1; f. *ULP.*, 7, f. *POMP.*

(2) *ORTOLAN*, *Explic. hist. des Inst.*, n° 1423.

mêmes termes. La seule chose qui puisse faire reconnaître l'intention des parties, ce sera le fait que, dans la première hypothèse, le nouvel *expensum* sera causé, tandis que, dans la seconde, il ne le sera pas.

Donc, ce qui a engendré le contrat *litteris*, c'est ce second *expensum* seul ; car l'*acceptilatio* n'a eu pour but que d'éteindre la première obligation.

On est donc forcé d'en conclure que, lorsqu'il n'y a pas d'obligation à éteindre, par exemple, dans le cas d'une donation, l'*expensum* non causé suffit à lui seul pour obliger le donateur *litteris*.

Les *nomina transcripticia* ne sont donc pas la seule forme du contrat *litteris*, et la double mention d'un *acceptum* et d'un *expensum* n'est pas toujours nécessaire pour la formation de ce contrat. C'est ce que nous voulions démontrer.

Tel était l'ancien contrat *litteris* ; et nous n'avons tant insisté sur sa nature et son mode de formation, que pour arriver à dégager nettement son caractère spécial au point de vue de la preuve littérale. Sous ce rapport, nous nous résumerons en disant que ce contrat, indépendamment du consentement du débiteur, qu'on pouvait prouver de toutes les façons possibles, nécessitait des écritures sur les *tabulæ* du créancier, sans lesquelles il n'aurait pu exister, et qui étaient à la fois la cause et la preuve de l'obligation,

Nous venons de voir l'importance qu'avait le *Codex* chez les premiers Romains.

L'usage de ces Tables domestiques n'en tomba pas moins en désuétude ; et tandis que, du temps de Cicéron, un citoyen se fût déshonoré en négligeant de les tenir, Gaius, contemporain d'Antonin-le-Pieux et de

Marc-Aurèle, n'en dit pas un mot, lorsqu'il nous parle des *nomina transcripticia*. On serait tenté d'en conclure qu'à cette époque, ce dernier genre d'actes se faisait sur des écrits séparés, si on n'avait un texte d'Aulu-Gelle, qui témoigne formellement du contraire (1).

Tout ce qu'on peut supposer, c'est qu'un grand nombre de Romains avaient cessé de tenir régulièrement leur *Codex*, et que l'un des plus précieux avantages de cette sorte de registres, le contrôle respectif qu'elle fournissait aux parties contractantes, venant à disparaître, leur usage disparut par voie de conséquence.

Peut-être aussi, le grand nombre de sujets pérégrins que Rome se fit par ses conquêtes, et les relations de plus en plus multipliées qui s'établirent entre les vainqueurs et les vaincus, contribuèrent-ils pour beaucoup à l'abandon d'un mode de contracter dont le caractère exclusivement civil restreignait considérablement l'emploi (2).

Quoiqu'il en soit, lorsque le Code théodosien fait allusion, dans une constitution d'Arcadius, au contrat *litteris*, il est certain qu'il ne s'agit plus des *nomina transcripticia* (3). De même, Justinien, dans son Di-

(1) AULUS-GELLIUS, *Noctes atticæ*, lib., XIV, cap. II.

(2) Le scoliaste de Cicéron rapporte que, dans les procès criminels on interrogeait le *codex* de l'accusé pour y trouver contre lui des preuves fournies par lui-même (*Pseudo Ascon. in Verr., act. II, 1, 23*), et il ajoute que c'est pour éviter cet inconvénient qu'on cessa de rédiger des *tabulæ*. — Mais cette explication supposerait chez les Romains une perversité et une mauvaise foi si générales, qu'elle est inadmissible.

(3) « Si quis debiti quod vel ex fœnore, vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in litterarum obli-

geste, (1) n'a songé, en employant le terme de *nomina*, qu'aux registres des banquiers qui subsistèrent fort longtemps, et sur lesquels nous reviendrons plus tard. Quant aux *nomina transcripticia* proprement dits, il n'en parle que pour constater leur disparition : « Quæ nomina hodie non sunt in usu » (Inst., III, 21).

Ainsi disparut l'usage du Codex, et avec lui le contrat *litteris*.

Cette décadence si rapide et si complète qu'elle semble d'abord inexplicable a sa cause toute naturelle dans l'introduction du pacte de constitut ou, d'une façon plus générale, dans ce fait que sous l'Empire, le simple consentement tend de plus en plus à créer des obligations dont la naissance était sous la République, soumise à la nécessité d'écritures solennelles.

Un texte, il est vrai, semble venir à l'encontre de cette théorie, c'est le titre *De litterarum obligatione* aux Institutes. Mais il est facile de prouver qu'il n'en est rien. Ce texte suppose qu'un homme a eu l'imprudence de reconnaître par écrit, comme lui ayant été fait, un prêt d'argent qu'en réalité il n'a pas reçu. Au bout d'un certain temps, « post multum temporis » il ne sera plus recevable à dire que les écus ne lui ont pas été comptés. Il se trouvera alors en quelque sorte obligé *scriptura*. Voilà ce que dit Justinien (2).

gatione, facta cautione translatum est... » — Code THÉOD., II, 4, *De denuntiati. vel edictione rescripti*, VI^e CONST., ARCAD., HONOR. et THÉOD.

(1) *Dig. II, 14, De pactis*.

(2) « Plane si quis debere se scripserit quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem Opponere non potest; hoc enim sæpissime constitutum

Pour être plus exact il aurait dû dire que le souscripteur du billet est obligé en vertu d'un *mutuum*, qu'il est légalement présumé avoir reçu. S'il ne l'a pas fait, c'est qu'après avoir parlé des *nomina transcripticia* pour constater leur disparition, il ne pouvait éluder une question qui se présentait d'elle-même, celle de savoir si, dans les institutions de son temps, il n'y avait rien qui ressemblât à cette antique mode de contracter. Or, l'expiration du délai dont il parle produit un effet identique à celui de l'ancien contrat *litteris*, puisqu'alors le prêt existe en droit, lors même qu'il n'existerait pas en fait (1).

Ajoutons enfin, à l'appui de notre système que la Loi 1, § 1. D., *De obligationibus et actionibus*, retranche le contrat *litteris* du nombre des modes de formation des obligations.

Nous pouvons donc conclure de ce qui précède que le contrat *litteris* a disparu sous Justinien et qu'il n'eut jamais d'autre forme que les *nomina* inscrits dans le *Codex* (2).

est. Sic fit ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, et ex ea nascitur conditio cessante scilicet verborum obligatione. » — *Inst.*, III, 21.

(1) On a, il est vrai, fait observer que, sans l'écrit, il n'y aurait pas d'action possible contre le débiteur, et l'on en a déduit que c'était cet écrit seul qui était la cause de l'obligation. — Mais il suffit de remarquer que, pendant deux ans, la numération ne peut être établie que par des preuves indépendantes de l'écrit; ce n'est donc pas sur la cause du droit, c'est sur le mode de preuve qu'agit l'expiration des deux ans. C'est donc bien, comme nous l'avons dit, le *mutuum*, et le *mutuum* seul qui est la véritable base de l'action.

(2) La solution de la question que nous venons de traiter, offre une certaine importance pratique. Reprenant l'exemple cité par

Nous examinerons bientôt une question analogue soulevée à propos d'autres écrits ; mais comme elle se rattache directement à l'étude du *chirographum*, c'est sous cette rubrique que nous la traiterons.

Nous venons d'étudier les mentions du *Codex*, au point de vue de la création des obligations ; nous allons maintenant examiner en tant que modes de preuves.

Ce que nous avons dit au début de notre étude sur le contrat *litteris* abrègera beaucoup ce qui nous reste à exposer sur les *rationes domesticæ*.

On se rappelle que le *Codex*, appelé aussi *tabulæ* ou *ratio* était un livre dans lequel chaque père de famille relatait ses diverses opérations dans l'ordre où elles avaient eu lieu. Ce registre rédigé avec le plus grand soin et, tenu à jour au moyen des *adversaria* que l'on dépouillait chaque mois, avait un caractère presque sacré. Il renfermait, non seulement les *nomina transcripticia* ; mais encore les *nomina arcaria*, et cet ensemble d'inscriptions prenait le titre de *rationes domesticæ*.

Il constituait un des moyens les plus usités de preuve écrite, et presque le seul dans la Rome primitive. Produisit en justice, il faisait foi aussi bien en faveur de son propriétaire que contre lui ; et pouvait être invoqué pour prouver toute espèce de convention :

Justinien, si l'on admet que le débiteur est obligé *litteris*, il en résulte que si le billet porte que le créancier a droit à des intérêts, cette mention est valable ; car on peut toujours stipuler des intérêts dans le contrat *litteris*. — Si, au contraire, on soutient, comme nous que le débiteur continue à être tenu en vertu du *mutuum*, la clause du billet relative aux intérêts ne pourra être exécutée, puisque l'on ne peut exiger des intérêts en vertu d'un *mutuum*.

« Plurima signa pulcherrima, plurimas tabulas optimas, deportasse te negare non potes ; atque utinam neges ! Unum ostende in tabulis aut tuis aut patris tui emptum esse : vicisti ! » dit Cicéron à Verrès, acceptant ainsi d'avance le témoignage des *rationes* de son adversaire (1).

Il est certain, d'autre part, que lorsqu'une des parties produisait son *Codex* comme preuve à l'appui de sa demande, l'autre pouvait la combattre par tous les moyens de preuve possible, c'est-à-dire soit par témoins, soit par des écritures, soit enfin par l'apport de son propre registre. Le juge décidait alors suivant la confiance qui lui inspiraient ces divers moyens de preuve, et parfois aussi suivant la moralité des parties (2).

II!

Des syngraphæ et du chirographum

Nous avons vu que le contrat *litteris*, tel que nous venons de l'étudier était réservé aux seuls citoyens. Il était donc impossible aux pérégrins de devenir créanciers par ce moyen ; et cela se comprend puisque c'étaient les *nomina* inscrits sur le *Codex* du créancier qui créaient le contrat ; et que les pérégrins n'avaient pas de *Codex*. Quant à s'obliger par le même moyen, ils n'en avaient pas non plus le pouvoir au début, du moins ; et l'on se rappelle que, plus tard, les Sabinien-

(1) Cic., *In Verrem. act.*, II, *lib.*, I, § 23.

(2) AULUS-GELLIUS, *Noctes att.*, XIV, 2.

les moins rigoristes en cette matière des jurisconsultes Romains ne leur accordèrent que celui de s'obliger par la *transcriptio a re in personam*.

Toutefois, bien avant l'existence des deux écoles Sabinienne et Proculienne, à l'époque où l'obligation *litteris* produite par l'expensilation sur les registres domestiques était encore exclusivement et sévèrement réservée aux citoyens, on avait admis pour les étrangers une autre forme d'écrits probatoires : les *chirographa* et les *syngraphæ* (1).

Comme leurs noms l'indiquent, ces deux sortes d'écrits sont d'origine grecque (2) : tandis que, dans le contrat *litteris* romain, l'écriture était l'œuvre du créancier, ici c'était le débiteur qui déclarait qu'il doit ou, ce qui revient au même, qu'il donnera (3). Matériellement, la *syngrapha* et le *chirographum* sont faciles à distinguer : la première porte la signature de chaque partie et se rédige en double ; le second n'est signé que du débiteur et reste aux mains du créancier (4).

Nous devons ajouter que ces deux sortes d'actes ne fonctionnèrent pas simultanément, et que ce sont deux institutions successives, puisqu'on trouve déjà dans les Comédies de Plaute (5) des allusions aux *syngra-*

(1) ORTOLAN, *Expl. hist. des Inst.*, t. III, n° 1430.

(2) *Chirographum* ou *chirographus*, des deux genres. — *Syngrapha* ou *syngraphus*, des deux genres au singulier ; et au pluriel seulement, *syngraphæ*.

(3) « Si quis debere se aut daturum se scribat. » — GAIUS, *Com.*, III, § 134.

(4) PSEUDO ASCON., *In Verr.*, II, act., I, 36.

(5) « Age dum, istum ostende quem conscripsisti chirographum. » PLAUTE, *Asinaria*, Act., 4, s. I. Vers. 1 et suiv.

phæ, tandis que, sous Justinien, on ne voit plus figurer que les *chirographa* (1).

Reste maintenant à démontrer que ces deux sortes d'écrits n'ont jamais servi à former un contrat *litteris*, et qu'ils n'ont été, tant à l'époque où ils étaient exclusivement en usage pour les pérégrins, que plus tard, lorsqu'ils pénétrèrent dans les mœurs et les lois romaines, qu'un simple moyen de preuve, analogue à tous ceux qui sont connus sous le nom générique de *cautiones*.

Cette opinion est fort contestée : on lui reproche d'être en opposition flagrante avec les témoignages concordants de Gaius et de Justinien.

Examinons d'abord le texte de Gaius : le § 134 de son Commentaire III est ainsi conçu :

« Præterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est. »

Voilà bien, dit-on, la preuve que les *syngraphæ* et les *chirographa* étaient, pour les pérégrins, au temps de Gaius, c'est-à-dire au II^e siècle, un mode de contracter *litteris*.

Mais, remarquons-le bien, Gaius ne dit pas : « Litterarum obligatio *fit* chirographis et syngraphis ; » il dit : « Litterarum obligatio *fieri videtur*. » Il n'est pas possible, dès lors, de ne pas reconnaître qu'il ne s'agit pas d'une obligation littérale, mais seulement d'un semblant d'obligation.

(1) *Dig.*, II, 14, *De pactis*, L. 47, § 1, fr., *Scævola*; *Dig.*, XXII, 1, *De usuris*, L. 41, § 2, fr., *Mod.*

Cette simple observation devrait suffire à renverser l'opinion de nos adversaires ; mais Gaius, dans le même texte, vient encore confirmer d'une façon plus précise encore, s'il est possible, notre manière de voir :

« Quod genus obligationis proprium peregrinorum est, » ajoute-t-il. Si donc nous sommes en présence d'une institution propre aux pérégrins, c'est dans le droit de ceux-ci, ou, pour mieux dire, dans le droit grec (1) que nous devons en étudier la nature.

Or, le droit grec diffère du droit romain d'une façon frappante : autant celui-ci est formaliste, autant celui-là est spiritualiste ; à Rome, les contrats consensuels sont l'exception ; en Grèce, ils forment la règle (2). A ce point de vue, il est remarquable que jamais les orateurs attiques, qui pourtant, dans leurs plaidoyers, ne négligent aucun moyen de gagner leur procès et se montrent particulièrement fertiles en ressources de toute espèce, n'ont jamais cherché à attaquer les contrats en se fondant sur des irrégularités de forme. C'est ce qu'a fort bien mis en lumière un savant romaniste allemand (3). Partant de là, il est évident que les *syngraphæ* et les *chirographa* ne pouvaient jamais être qu'un simple moyen de preuve, et nullement un mode de contracter.

(1) L'origine grecque de ces sortes d'écrits nous est attestée non seulement par leur nom même, mais encore par le témoignage formel du scoliaste de Cicéron : « In syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit .. more institutoque græcorum. » — PSEUDO ASCON, *Ad Cic., in Verr. act.*, II, *lib.*, I, 36.

(2) « Les lois, dit Demosthène, veulent que toute promesse librement consentie soit obligatoire. » — DEMOSTH., *c. Dionys*, 1283, X.

(3) GNEIST., *Die formellen Verträge*, Berlin, 1845.

Si maintenant on se demande comment Gaius, jurisconsulte exact, a pu, non pas prendre ces actes pour un contrat *litteris*, mais leur trouver une analogie quelconque avec ce genre d'obligation, la réponse est facile à faire : pour le Romain, formaliste par tempérament, ce qui, dans le contrat *litteris*, constitue la promesse, crée l'obligation, ce n'est pas le consentement, c'est la formule, c'est le *nomen*. Or, si les *syngraphæ* n'étaient qu'un simple billet, il n'en est pas moins vrai qu'en pratique, ils rendaient aux pérégrins le même service que le *Code* aux citoyens. Il y avait donc, entre ces deux institutions, une analogie assez grande, du moins en apparence ; et c'est bien là la pensée qu'exprime Gaius, en se servant de l'expression : « Fieri videtur. »

De ce que nous venons de dire, il résulte donc qu'à l'époque de Gaius, les *syngraphæ* et les *chirographa* en usage chez les pérégrins ne sont que de simples actes probatoires.

La restriction que Gaius apporte dans son texte : « Ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat » semble, il est vrai, faire supposer le contraire ; mais ce n'est là qu'une apparence : en effet, si Gaius établit une comparaison entre l'obligation littérale et les écrits des pérégrins, c'est, nous venons de le voir, qu'il s'en tient aux résultats de deux situations en soi, fort différentes l'une de l'autre. Au point de vue romain, ce qui oblige, ce n'est pas la cause, c'est la *stipulatio* ou la *transcriptio*. Les pérégrins peuvent user de la première, mais non de la seconde. Quel est l'acte qui correspond, au moins en apparence, à la *transcriptio* ? C'est le billet : *syngrapha* ou *chirographum*. Ainsi s'explique

naturellement la soi-disant restriction de Gaius.

Reste maintenant à prouver que, du temps de Justinien, les *chirographa* introduits alors dans le droit romain présentent toujours le même caractère. Cette preuve est, nous semble-t-il, facile à faire ; elle résulte directement de ce que nous venons de dire : si les Romains ont emprunté aux pérégrins l'usage des *chirographa*, ils n'ont pu prendre ces actes que tels quels, c'est-à-dire avec leur caractère d'actes probatoires. Du reste, il est inadmissible qu'au moment même où la jurisprudence romaine abandonnait l'usage des *nomena*, en cédant à cette tendance si naturelle de remplacer l'ancien formalisme par des vues plus larges et une doctrine basée sur le consentement des parties, il est inadmissible, disons-nous, qu'elle ait songé à transformer le *chirographum* en un nouveau contrat *litteris*.

Du reste, un grand nombre de textes viennent confirmer notre système : partout, dans le *Corpus*, les mots *chirographa*, *epistolæ*, *cautiones*, sont employés comme synonymes ; partout les *chirographa* qu'on dressait à l'occasion de toute espèce d'actes : stipulation, prêt, constitut, y sont représentés non pas comme de nouveaux contrats destinés à remplacer et à absorber les autres, mais comme de simples moyens de preuve (1). Enfin, toutes les fois que les diverses sources d'obligations y sont énumérées, on n'y retrouve plus les mots *litteræ*, *scriptura* qui figuraient dans les énumérations de Gaius et des anciens jurisconsultes (2).

(1) L. 3, § 3, D., *De jure fisci*, XLIX, 14.

(2) L. 1, § 1, D., *De oblig. et act.*, LXIV, 7.

Si, d'autre part, on se reporte à ce que nous avons dit, à la fin de notre étude sur le *Codex*, au sujet du texte des *Institutes* de Justinien (1), le seul sur lequel essaient de s'appuyer nos adversaires, on restera convaincu que les *nomina* furent toujours le seul moyen de s'obliger *litteris*, et qu'il ne faut voir, à l'époque de Gaius comme à celle de Justinien, qu'un mode de preuve dans les *syngraphæ* et le *chirographum*.

III

Des Argentariorum codices

Les registres domestiques se réduisaient au *Codex*; la comptabilité des banquiers exigeait nécessairement des livres plus nombreux.

Les *Argentarii* (2) étaient une puissance à Rome et le champ de leurs opérations était immense. Ils faisaient valoir les fonds que des particuliers leur confiaient, recevaient et faisaient des paiements pour leur compte, et étaient, en un mot, les gérants de leurs intérêts financiers. En général, ils étaient établis au *Forum* et prenaient une enseigne. Plaute qui vivait vers l'an 548 de Rome (210 av. J.-C.) nous les peint

(1) *Inst.*, III, 21, *De litterarum obligat.*

(2) On trouve mentionnés dans les textes les *mensularii* et les *nummularii*; à l'origine il y avait entre ces professions quelques différences. — L. 9, § 2, D., *De edendo*, II, 13. — Tous étaient placés sous la surveillance du préfet de la cité. — L. 1, § 9, D., *De offic. præf. urbi.*, I, 12.

déjà assis derrière leur comptoir (*mensa*), entourés de courtisanes et de dissipateurs (1).

Ils furent les derniers chez qui se conserva l'usage de plus en plus altéré des *nomina* ; c'est à leur occasion qu'on en trouve même encore quelques vestiges dans le Digeste de Justinien (2).

Les *Argentarii* tenaient plusieurs registres parmi lesquels, outre le livre de caisse, le *Kalendarium* et une sorte de grand livre : le *Codeæ rationum*.

Le *Kalendarium* ou *liber Kalendarii* contenait l'énumération des différentes créances avec l'indication des échéances de chacune. On peut le comparer au portefeuille de nos banquiers. Le nom seul de ce registre suffirait à préciser son objet : les Kalendes étaient, dans l'usage, le jour du terme (3).

Quant à l'habitude de tenir un livre où un compte séparé était ouvert à chaque client, il est attesté par la Loi 4 au Dig. *De Edendo*.

Ulpien rapporte dans ce texte les termes de l'édit du préteur : « Prætor ait : Argentariæ mensæ exercitores rationem quæ ad se pertinet, edant, adjecto die et consule » et il ajoute ce commentaire très clair : « Hujus edicti ratio æquissima est ; nam cum singulorum rationes argentarii conficiant æquum fuit, ut quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi. » Il suffit de relever ces mots :

(1) PLAUTE, *Truculentus*, act. I, sc. 5.

(2) D., II, 14, *De pactis*, 9 fr., *Paul.* — « Plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii quorum nomina simul facta sunt. »

(3) « Quum tristes misero venere Kalendæ. » — HORACE, *Sat.* I, 2.

Singulorum rationes argentarii conficiunt. Tous ces registres devaient être tenus exactement ; aussi étaient-ils écrits jour par jour et chaque énonciation portait la date.

Lorsque le banquier et son client voulaient cesser leurs relations ou du moins régler leur compte, le banquier envoyait au client la balance de ce compte (1). Lorsque le banquier créancier, en vertu du compte, poursuivait son client en paiement, il devait même faire, sous peine de déchéance, cette balance et faire une compensation (GAIUS, *Com.*, IV, § 64 et suiv.).

Les inscriptions faites sur le *Codex* des *Argentarii* faisaient preuve aussi bien en leur faveur que contre eux. Leurs clients agissant contre eux pouvaient toujours les obliger à apporter leurs registres en justice. Le préteur autorisait même le client à demander son compte au sujet d'un procès avec un tiers (2).

Toutefois, lorsque la demande était formée par un autre *argentarius*, le préteur n'ordonnait que *cognita causa*, l'*editio rationum*. Il en était de même pour une seconde communication : il fallait prouver un cas de force majeure, une perte fortuite (3). Cette dernière décision est basée, dans le premier cas, sur l'inconvénient qu'il y avait à ce qu'un *argentarius* fût trop exactement renseigné sur la situation de son collègue ;

(1) La loi 47, § 1, *De pactis*, nous donne une formule de cet envoi.

(2) « Argentarius rationes edere jubetur : nec interest cum ipso argentario controversia sit, an cum alio. » — L. 10, *De Edendo*.

(3) « Nec iterum postulanti edi prætor jubet, nisi ex causa. » — L. 6, §§ 9 et 10, *De Edendo*.

dans le second, sur le dérangement que causait au banquier une production trop fréquente de ses registres en justice.

Enfin, les héritiers de *l'argentarius* étaient également tenus de produire le registre de leur auteur ; et une action *in factum* était donnée contre *l'argentarius* qui refusait de produire ses registres. Cette action qui était annale avait un caractère pénal et, par conséquent, ne passait pas aux héritiers de *l'argentarius* coupable (1).

Nous terminerons cette étude sur les registres des *argentarii*, en faisant remarquer que cette catégorie de personnes joignait à la profession de banquier les fonctions de commissaires priseurs. A ce dernier titre, ils tenaient un registre appelé *auctionariæ tabulæ* ou *auctionalia*, sur lequel ils inscrivait les prix atteints aux enchères par les objets (2).

IV

Rationes Pupillares

Avant d'entrer en fonctions, les tuteurs et curateurs étaient généralement tenus de faire dresser un inventaire des biens qui allaient leur être confiés. Cet inventaire était appelé *inventorium* ou *repertorium*. Il était dressé solennellement, en présence de personnes

(1) L. 6, § 1, et L. 13, *De Edendo*.

(2) GAIUS, IV, 126 ; CIC., *pro Cæcin*, 6 ; QUINTIL., XI, 2.

publiques (1) et servait de base aux *rationes pupillares*, au compte de tutelle que le tuteur devait rendre à l'expiration de sa charge. Faute par le tuteur de dresser l'inventaire, il y avait présomption de dol ; cette obligation se représentait, du reste, chaque fois que le pupille recueillait une succession (Loi 7, D., *De Admin. et peric. tut.*).

Les *rationes pupillares* dans lesquelles les tuteurs mentionnaient tout ce qui concernait l'administration, devaient ressembler beaucoup dans la forme aux *rationes expensi et accepti*. Ils devaient, ainsi que les inventaires, et généralement tous les *instrumenta hereditaria* être communiqués à tous les intéressés (L. 95, § 2, D., *Ad. leg. Falcid.*).

Nous en avons ainsi fini avec les actes auxquels les auteurs donnent plus particulièrement le nom d'*instrumenta domestica*. Nous allons maintenant traiter une autre catégorie d'actes : les *instrumenta privata*, proprement dits qui comprennent, outre les *syngraphæ* et le *chirographum* que nous avons déjà étudiés, toutes les espèces d'écrits privés rédigés pour constater un acte ou un fait quelconque, et généralement désignés sous le nom de *cautiones*. Il est à remarquer que ces divers actes sont relativement beaucoup moins anciens que les *instrumenta domestica* qui constituèrent uniquement les écritures privées de la Rome primitive.

Parmi les *instrumenta privata*, les plus remarquables sont l'*apocha* et l'*antapocha* ; ce sont eux que nous examinerons les premiers.

(1) L. 24, C., *De admin-tut.*

V

De l'Apocha et de l'Antapocha

Ces actes, comme leur nom l'indique, sont d'origine hellénique : les Grecs les nommaient *ιδιοχειρα* parce qu'ils étaient rédigés par les particuliers eux-mêmes, et sans le secours de personnes publiques.

L'*apocha* (*ἀπ ἐχειν*) est ce que nous appelons actuellement une quittance. C'est un écrit émané du créancier, et par lequel celui-ci témoigne qu'il a reçu le paiement de son débiteur. L'écrit est remis à ce dernier, qui aura ainsi en main une preuve de sa libération.

L'*antapocha* (*ἀντὶ ἀπ ἐχειν*) est littéralement une contre-quittance, ou, si l'on aime mieux, une quittance de quittance. Elle a pour but de prouver que le débiteur a payé sa dette, et qu'il lui a été délivré un reçu.

Au point de vue de sa rédaction, ce titre peut être fait de deux façons : ou bien c'est le débiteur lui-même qui remet au créancier un billet portant qu'il a payé et touché un reçu ; ou bien c'est le créancier qui, au moment du paiement, rédige deux écrits : l'un, l'*apocha*, portant sa signature et remis au débiteur ; l'autre, l'*antapocha*, constatant la réception de la quittance par le débiteur, signée par ce dernier et conservée par le créancier (1).

(1) « Si voluerit is qui apocham conscripsit, vel exemplar cum subscriptione ejus qui apocham suscepit, ab eo accipere, vel antapocham suscipere. » — L. 19, C., *De fide instrument.*

L'utilité de l'*apocha* saute aux yeux, mais on ne se rend pas aussi bien compte, au premier abord, de l'intérêt que l'*antapocha* peut avoir aux yeux du créancier. Il est fort grand cependant; et la même Loi 19, C., *De Fide instrumentorum*, nous donne plusieurs exemples des usages de l'*antapocha*.

Supposons, en premier lieu, un propriétaire dont le fermier, après bien des années de fermage, veut, de mauvaise foi, changer son titre, et se prétend propriétaire. Il refuse de reconnaître le *verus dominus* et soutient qu'il a possédé le fonds en remplissant toutes les conditions qui permettent de prescrire.

Pour conserver son bien, le *verus dominus* va se trouver obligé de prouver son droit de propriété, mais cette preuve sera parfois très difficile à faire. Il dira bien que son adversaire n'a occupé le fonds qu'à titre précaire; mais celui-ci qui détient les quittances, se gardera bien de les produire. Le propriétaire se verra donc, s'il n'a pas d'autres moyens, dans l'impossibilité de faire sa preuve, et le fermier triomphera.

On comprend dès lors de quelle utilité sera pour le bailleur l'*antapocha* qu'il aura entre mains; il lui suffira de la produire pour démontrer que la possession de l'immeuble n'était fondée que sur la location; et, partant, qu'il n'a jamais cessé d'être propriétaire.

On peut encore supposer un créancier qui a prêté une somme d'argent à intérêts; et auquel son débiteur oppose la *præscriptio temporalis*: il pourra succomber dans l'instance, car c'est le débiteur qui a conservé les quittances par lesquelles se prouveraient le prêt et ses modalités et il se gardera bien de les montrer lors de la contestation. Le moyen pour le prêteur de se gar-

der contre cet artifice est de demander, chaque fois que le débiteur viendra lui payer des intérêts, une *antapocha* par laquelle il démontrera la légitimité de son droit (1).

De ce que nous venons de dire, il résulte que le créancier n'a pas le droit de demander une *antapocha* pour un paiement qui éteint la dette entière ; car les dangers que nous avons signalés, et auxquels ce titre a pour but de parer, ne sont pas à craindre ici. L'*antapocha* ne peut donc être exigée que lorsqu'il s'agit de redevances annuelles, de paiements périodiques tels que fermages de biens, redevances amphythéotiques, intérêts de sommes d'argent, etc.

D'autre part le créancier est parfaitement libre, même dans ces cas de ne pas exiger d'*antapocha* ; et s'il ne l'a pas fait, il n'y a aucune induction à tirer contre son droit du non-usage de cette faculté, pourvu qu'il puisse le prouver d'une autre manière quelconque. C'est du reste ce que la loi 19, C., *De fid. instrum.*, décide formellement.

VI

Des Cautiones en général

Nous avons examiné en détail toutes les espèces d'actes privés qui présentent soit dans leur forme, soit dans leurs effets, un certain caractère d'originalité ;

(1) L'*apocha* et l'*antapocha* devaient toutes deux contenir le nom de celui qui paye et de celui qui reçoit, le montant de la somme payée, la mention de la cause de la dette, et enfin la date du paiement. — L. 19, C., *De fide instrum.*

mais il y eut encore, surtout dans la période la plus récente du droit romain, une foule d'autres écrits rédigés pour constater un fait quelconque, et rentrant dans la catégorie des titres qui servent à prouver la formation ou l'extinction des obligations. Nous les trouvons indiqués dans les textes sous les noms les plus divers : *instrumentum*, *scriptura*, *libellus*, *charta*, *chartula*, *cautio*. Cette dernière dénomination finit par prévaloir (1).

Il va sans dire que ce genre d'écrits ne ressemble que par le nom à ce que, dans notre droit moderne, nous entendons par le mot caution : il désigne de la façon la plus large, les écrits probatoires qui n'ont pas reçu de noms particuliers, et qui remplissent le rôle indiqué par Gaius : *Fiunt ut quod actum est per eos facilius probari possit* (2).

Cependant, dans une acception plus restreinte, le mot *cautio* servait à désigner plus spécialement la promesse écrite de payer une somme d'argent déterminée, en retour, le plus souvent, d'un *mutuum* déjà réalisé. C'est ainsi entendue que cette expression est devenue synonyme de *chirographum*.

SECTION II

Forme des Actes privés

Les règles de forme des actes privés ne sont ni nombreuses, ni sévères : la loi romaine se montra

(1) LL. 1 et 20, C., *De fide instrum.*, L. 13, C., *De donat.*

(2) L. 4, D., *De fide instrum.*, XXII, 4.

toujours aussi peu formaliste que possible en cette matière. Ainsi, il est constant qu'à aucune époque on n'exigea que les actes fussent écrits de la main des contractants : les lois 20 et 25 au Code, *De Donationibus*, et la loi 21 au Code, *De Testamentis*, le disent formellement pour les testaments (1). Ces actes étant pourtant d'une extrême importance, on doit en conclure que la loi ne pouvait demander davantage pour des cas moins graves. C'était, du reste, un usage assez commun à Rome de faire rédiger par des personnes expertes les actes de quelque importance : primitivement on s'adressait aux jurisconsultes dont l'intervention assurait aux parties, avec une rédaction correcte, l'exacte observation des principes juridiques (2).

En outre, les personnes considérables avaient des esclaves nommés *tabellarii* qui étaient leurs secrétaires et portaient leurs missives. Enfin, nous voyons dans Tite-Live (Liv. IX, 46), que l'on avait aussi recours aux *scribes*, sorte d'écrivains publics qui formaient une corporation et dont les fonctions devinrent une charge vénale (3).

(1) L. 20, C., *De donat.* : Vice donatricis alio, voluntate ejus subscribente, jure facta donatio, non habetur irrita. — L. 25, *eod tit* : In conscribendis autem donationibus, nomen donatoris, jus ac rem notari oportet, neque id occulte aut privatim, sed aut tabula, aut quodcumque aliud genus materiæ tempus dabit, vel ab ipso, vel ab eo, quem sors ministraverit, perscribatur. — L. 21, C., *De testamentis* : Quod si litteras testator ignoret, vel scribere nequeat, octavo subscriptore adhibito eadem servari decernimus.

(2) CICERO, *De orat.*, II, 7, SUTTON, *Nerva*, ch. xxxii.

(3) Cf., L. 2, § 7, D., *De orig. juris*. II. I, CICERO, *De orat.*, II, 7. — TIT.-LIV., IX, 46 et XL, 29. — Il paraît certain que, du moins vers la fin de la République, un esclave ne peut être *scriba*.

Mais, soit que les parties eussent profité de cette faculté de faire écrire leurs conventions par un tiers, soit qu'elles les eussent écrites elles-mêmes, les actes devaient, à peine de nullité, être signés par elles, ou tout au moins revêtus de leur sceau (1).

La loi, à ce point de vue spécial subit, suivant les époques, plusieurs variations que nous allons rapidement examiner.

Il est probable qu'à l'origine, lorsque l'usage de l'écriture était encore peu répandu, on n'exigea que l'apposition du sceau des parties contractantes. L'habitude de porter au doigt un sceau annulaire avec un signe particulier fut extrêmement répandue à Rome : réservé d'abord aux seuls chevaliers, le droit d'avoir un anneau fut plus tard étendu à toutes les personnes d'un certain rang.

Souvent donc, au lieu de signer un acte, on le scellait seulement de son anneau ; ce dut même être là la seule ressource dont usaient les illettrés qui, au bas des actes auxquels ils prenaient part, apposaient leur *signaculum* au lieu de leur *scriptio*.

Au temps de Gaius, le testament prétorien pouvait n'être revêtu que du sceau des témoins (2).

Mais, au fur et à mesure que l'instruction fit des progrès et que l'usage de l'écriture se répandit dans toutes les classes de la société, la signature prit le pas

(1) « *Scripturæ sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius cujuslibet scriptura fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones.* » — L. 11, C., *Qui potior in pign.* VIII, 18.

(2) « *Prætor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti, bonorum possessionem pollicetur.* » — GAIUS, II, 119.

sur le sceau. D'abord, exigée seulement pour la validité du testament rédigé dans la forme introduite par les constitutions impériales (1), elle fut plus tard obligatoire, simultanément avec le sceau : « Non subscriptum a testibus, ac non signatum testamentum, pro infectum haberi convenit (2). »

Cette double formalité n'étant indiquée que pour les testaments, nous ne pensons pas qu'il faille l'étendre à d'autres actes moins importants. Nous trouvons, du reste, dans le Digeste, à une époque où le sceau jouissait encore d'une grande faveur, un avis de Scévola, duquel il résulte que, pour la formation du contrat de gage, l'apposition du sceau ou de la signature des témoins n'est plus nécessaire (3).

Remarquons enfin, que dans la période la plus récente du droit romain, on semble s'être montré moins rigoureux dans l'exigence de la signature et même du sceau. Nous trouvons, en effet, deux textes (4) qui considèrent le fait qu'un testament a été écrit en entier de la main du testateur, comme suffisant à le rendre

(1) *Ulp. reg.*, 28, *Inst. Just.*, § 2, *De test. ord.*

(2) L. 21, C., *De testamentis et quib. modis test. ordin.* — Cf. avec L. 12, C., eod. tit., et L. 22, D., *Qui test. facere possunt.*

(3) « Non idcirco obligationem pignorum cessare quod dies et consules, vel tabulæ signatæ non sint. » — L. 34, D., *De pignorib.* — Il est difficile de savoir s'il s'agit ici d'une dispense de signature ou de cachet.

(4) Nov. 107. In auth. cap. I : « Quod sine subscriptione ita procedit, si parens litteras edoctus, manu propria, non signis, sed litterarum consequentia declaret et tempus, et liberorum nomina, idem et unicarum numerum, seu signa rerum specialium. » Et L. 28, C., *De testamentis*, § 1, in fine : « Si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit, sufficiat ei totius testamenti scriptura et non alia subscriptio requiratur. »

valable, même en l'absence de toute signature : ces deux textes, en opposition formelle avec la loi 18 C., *Qui Pot. pign. habent*, paraissent consacrer une dérogation en faveur de la liberté de tester ; et prouvent, en tout cas, que l'on admit parfois des tempéraments aux principes du droit sur notre matière. Nous pouvons, en somme, résumer ainsi l'ensemble de ces diverses dispositions : le sceau, primitivement seul usité et exigé, demeura toujours utile, et fut parfois indispensable. Quant à la signature, elle ne le fut pas moins, surtout dans les actes importants ; et elle seule, en particulier, est exigée par la loi 18 C., *Qui potiores*, qui offre dans ses termes un caractère de généralité, auquel on ne peut opposer que comme des exceptions les décisions de la Nouvelle 107, citée plus haut.

Quant à la mention de la date et du lieu, bien qu'elle présentât parfois une grande utilité, elle ne fut jamais exigée que dans des cas particuliers où, soit une considération spéciale, soit un ordre exprès de la loi l'imposait aux parties (1).

Bien que la date ne fût pas une condition essentielle à la validité des actes, il est néanmoins certain que son importance était parfois telle qu'elle devait, dans quelque cas, être au moins de style dans la rédaction des écrits privés : ainsi, lorsque plusieurs conventions d'hypothèque étaient faites relativement au même objet, on suivait la règle : *prior tempore, potior jure* ; l'ordre de préférence entre les créanciers était donc

(1) Nous avons vu que la Loi 4, D., *De Endendo*, impose aux *argentarii* l'obligation de dater les inscriptions qu'ils font dans leur *codex*.

basé sur l'ordre chronologique de leurs titres ; aussi l'empereur Léon (1) s'occupait-il d'assurer la date des actes constitutifs de gage ou d'hypothèque. Il décida que les actes publics « *instrumenta publice confecta* » passeraient en principe avant les actes privés « *idiocheira* » même antérieurs, à moins que ceux-ci ne portassent les signatures de trois témoins jouissant d'une bonne réputation.

De même il paraît évident que, pour fixer la durée des dix ans nécessaires à produire la nullité du premier testament, dans le cas prévu par la Loi 27 au Code *De Testamentis* (2), on n'a pas d'autre point de départ que la date écrite dans le premier testament.

Nous avons parlé tout à l'heure de témoins. Souvent, en effet, leur assistance était demandée pour la confection des actes privés : leur rôle consistait à écouter la lecture de la pièce qu'ils signaient ensuite, ou sur laquelle ils apposaient leur sceau. Que, s'ils ne savaient ou ne pouvaient signer, leur présence n'en était pas moins fort utile ; en effet, on inscrivait leurs noms au bas de l'acte ; et, en cas de besoin, on les appelait pour qu'ils attestassent que l'écrit avait bien été rédigé en leur présence, et qu'ils en reconnaissaient les signataires (3). Enfin, dans le cas de contestation

(1) L. 11, C., *Qui pot. in pign.*, VIII, 18.

(2) « Sin autem testator tantummodo dixerit non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis utendo contrariam aperuit voluntatem et hoc vel per testes idoneos non minus tribus, vel inter acta manifestaverit, et decennium fuerit elapsum, tunc irritum est testamentum. » — L. 27, C., *De testam.*

(3) « Quia his præsentibus subscripsit qui documentum fecit, et hunc noverunt. » — Nov. 73, ch. viii.

de l'acte par l'une des parties, les attestations des témoins étaient invoquées concurremment avec la comparaison des écritures : l'emploi de ce dernier moyen de preuve était même subordonné à la présence effective des témoins lors de la rédaction de l'écrit, « ut, nous dit Justinien, non in sola scriptura, et ejus examinatione pendamus, sed sit judicantibus etiam testium solatium (1) ».

Justinien, reconnaissant combien l'assistance de témoins offrait de garanties dans la matière des actes privés, exigea la présence de trois témoins dignes de foi lors de la rédaction de tout écrit constatant un emprunt de plus de cinquante livres d'or (2).

Bientôt, il étendit cette innovation aux actes destinés à faire preuve d'un dépôt ou de tout autre contrat que l'on veut faire *caute*.

Si les parties sont illettrées ou peu lettrées, le nombre des témoins est porté à cinq, et l'on prendra de préférence des *tabularii*, ou, à leur défaut, des personnes connaissant bien les parties. L'acte doit être écrit par l'un des témoins.

La sanction de ces dispositions est contenue dans le chapitre IV de la Nouvelle 73 : si la signature est déniée en justice, le créancier, qui ne s'est pas garanti contre la mauvaise foi de son débiteur par l'assistance de témoins à la confection de l'écrit, n'a plus qu'une ressource (*novissimum subsidium*) : c'est de lui déférer le serment.

(1) *Ibidem*.

(2) L. 17, C., *Si certum petatur*.

On continua néanmoins d'admettre que le nombre des témoins pouvait être restreint à deux dans deux cas : à la campagne, où il est difficile de trouver des gens lettrés, et lorsque l'intérêt en jeu ne dépasse pas une livre d'or. Du reste, même au-dessus de ce chiffre, les modes ordinaires de preuve restent admissibles.

Enfin, dans la Nouvelle XC, chap. 1, 2 et 3, Justinien énumère les conditions auxquelles seront désormais soumis les témoins instrumentaires : on ne doit prendre que des personnes dignes de foi et d'une réputation irréprochable (*probatae atque integræ opinionis*). Sont exclus les artisans et les hommes obscurs (1) comme n'offrant pas assez de garanties. Enfin, toute autorité est retirée aux témoignages « inania et ex transitu perhibita (2) ». Il faut donc que les témoins aient été convoqués spécialement en vue de l'acte auquel ils participent.

SECTION III

Effets et force probante des actes privés

I

*Des principes qui dominent la matière et des dérogations
résultant de l'exception non numeratæ pecuniæ*

Nous venons de voir quelles étaient les conditions de formes, requises pour les actes privés ; nous avons maintenant à nous demander si un écrit qui les rem-

(1) « Et non quosdam artifices ignobiles, neque villissimos, neque nimis obscuros. » — Nov. 90, ch. 1.

(2) *Ibid.*, ch. II et III.

plit toutes constitue par là même une preuve irréfragable et que le juge doit nécessairement admettre lorsque l'acte est produit en justice.

Cette question ne peut être résolue qu'en faisant avant tout une distinction : Ou bien l'écrit émane de celui qui le produit, ou bien il est l'œuvre de son adversaire.

PREMIER CAS. — *L'écrit émane de celui qui le produit.* — Le principe fondamental en cette matière, principe dicté, d'ailleurs, par le bon sens, c'est que nul ne peut, à l'appui de sa prétention, se contenter d'apporter l'écrit qu'il a rédigé lui-même.

Nous avons déjà vu que, même à l'époque reculée où l'on avait recours au contrat *litteris*, les mentions inscrites par le créancier sur son *Codex* ne suffisaient pas à établir en justice l'existence de l'obligation ; et qu'il fallait que le créancier prouvât en outre, soit par témoins, soit de toute autre façon que ces mentions avaient été écrites du consentement du débiteur.

Plus tard, lorsque l'usage de l'*expensilatio* ayant disparu, les écritures furent non plus un mode de création des obligations, mais seulement un moyen de preuve, les mêmes règles subsistèrent parce qu'elles résultaient de la nature même des choses, et de la plus stricte équité :

Et d'abord, tous les écrits du père de famille qui, à Rome, portaient la dénomination générique *d'instrumenta domestica*, continuèrent, présentés en justice par leurs auteurs, à ne produire que des effets insuffisants, s'ils n'étaient corroborés par d'autres preuves. (1)

(1) Notons, en passant, que les registres des *argentarii*, à raison même de la manière dont ils devaient être tenus, jouissaient,

Plusieurs textes du Code établissent ce principe de la manière la plus formelle : « Instrumenta domestica, nous dit la Loi 5, au Code, *De probationibus*, seu privata testatio, seu adnotatio, si non aliis quoque adminiculis adjuventur, ad probationem sola non sufficiunt. »

A côté de ce texte dont le caractère général est évident, la loi prend soin de nous donner des exemples : elle nous apprend que les comptes d'un défunt, trouvés dans sa succession, ne suffisent pas pour prouver qu'une somme lui était due ; non plus que le testament dans lequel le testateur se serait déclaré créancier d'une somme d'argent ou d'une chose certaine (1).

« Il ne faut pas, dit la Loi 7, au même titre, il ne faut pas donner foi à des notes par lesquelles un individu se serait donné lui même un débiteur. »

La solution contraire aurait été, en effet, un écueil sur lequel eût trop souvent sombré la bonne foi de bien des citoyens aisément tentés, on le conçoit, de se constituer des créances inexistantes.

Aussi la précaution prise par les lois romaines fut-elle toujours appliquée avec une extrême rigueur, et le fisc lui-même, si souvent en dehors du droit commun, ne pût s'y soustraire.

Ainsi donc l'écrit émané du créancier seul ne suf-

en matière de preuve, d'une grande autorité. Gaius nous dit que ces fonctions ont un caractère presque officiel : « Officium eorum atque ministerium publicam habet causam. » — L. 10, § 1, D., *De edendo*, II, 13.

(1) « Rationes defuncti quæ in bonis ejus inveniantur, sibi debitæ quantitatis solas non sufficere sæpe scriptum est; ejusdem juris est, et si in ultima voluntate defunctus certam pecuniæ quantitatem aut etiam res certas sibi deberi significarit. » — L. 6, C., *De probat.*

faisait pas à faire preuve de l'obligation ; il fallait y joindre d'autres moyens qui le corroborassent des *adminicula*, comme les appelle la Loi 5, au Code, *De Probat.*

Quels étaient ces *adminicula* ? les textes ne nous le disent nulle part ; il faut donc en conclure que l'admission de ces moyens accessoires était laissée à l'arbitraire des juges qui avaient toute liberté, de décider, dans leur prudence, quelles étaient les circonstances parmi celles qui entourent un acte privé, qui pouvaient être regardées comme suffisantes pour lui faire accorder la foi que seul, il n'aurait pas eue.

Nous pouvons toutefois, citer comme exemple, d'*adminicula*, une lettre émanée du débiteur et faisant d'une manière non équivoque, allusion à l'obligation contestée ; la présence de témoins à la rédaction de l'écrit devait aussi certainement être un *adminiculum* précieux ; enfin, il résulte évidemment d'une Nouvelle que le serment du testateur défunt confirmant ses tablettes suffit à leur donner la force probante qui leur manque par elles-mêmes (1).

On a prétendu trouver à la règle qui exige des *adminicula* pour confirmer les écrits émanés de celui qui les produit, une exception dans la Loi 2, au Code, *De testibus*.

Ce texte est ainsi conçu : « Si tibi controversia ingenuitatis fiat, defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potes. »

« On peut donc, a-t-on dit, lorsqu'il s'agit d'ingé-

(1) « ... Quod obtinet omnimodo si testator non juraverit, alioquin heredes necesse habent testatoris religioni stare. » — Nov. 48, ch. 1, *In auth.*

nuité, apporter au débat des écrits personnels même ; tels qu'on les a, et sans qu'ils soient corroborés par les *adminicula*. »

« Du reste, ajoute-t-on, il y a toujours comme garantie l'appréciation du juge qui ne laisserait pas un homme de mauvaise foi se constituer à lui-même une fausse preuve de son ingénuité. »

Raisonner ainsi, c'est tomber dans une grossière erreur ; et le texte, si l'on veut bien se donner la peine de le lire jusqu'au bout, dit tout autre chose de ce que l'on prétend ; le passage cité se termine en effet comme suit : « *Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt* ».

Il résulte donc de la Loi 2, au Code, *De Testibus*, non pas que les écrits suffisent seuls à prouver l'ingénuité ; mais, ce qui est bien différent, que celle-ci ne peut-être prouvée seulement par témoins.

DEUXIÈME CAS. — *L'écrit est l'œuvre de l'adversaire de celui qui le produit*. — Il a toujours été de principe en droit romain que l'écrit régulièrement rédigé fait preuve contre son auteur : si cette règle n'a pas été formulée d'une façon explicite, du moins résulte-t-elle certainement des nombreuses applications que nous en rencontrons dans les textes ; et aussi du bon sens, car on trouverait difficilement une meilleure preuve que l'écrit émané de celui-là même à qui on l'oppose.

Mais il est bien entendu que l'effet que nous venons de signaler n'appartient qu'à l'original, et que ni la copie, ni, à plus forte raison, la mention qui en serait faite dans un autre acte ne seraient suffisantes. Justilien prend soin de nous le dire expressément dans

la Novelle 119, Chap. III, reproduite dans le Code, au titre *De edendo* (1).

Au reste, il ne faudrait pas croire que l'original, par cela seul qu'il est rédigé régulièrement fait absolument preuve contre son auteur ; il faut de plus, que celui-ci n'en dénie pas la signature ; ou, s'il l'a dénie, qu'elle soit reconnue volontairement ou judiciairement. Comment, en cas de dénégation, le demandeur prouvera-t-il la sincérité de l'acte ? — Par deux moyens : ou bien il invoquera le témoignage de ceux qui ont assisté à la confection de l'écrit, ou bien il aura recours à la procédure en vérification d'écritures (2).

Le défendeur avait parfois un moyen de repousser victorieusement les prétentions de son adversaire ; mais il fallait pour cela que l'acte portât la date et le lieu de la rédaction. Dans ce cas, il lui suffisait, pour démontrer la fausseté de la signature d'invoquer un alibi, et de le prouver tant par titres que par témoins (3) :

(1) « Si quis in aliquo documento mentionem faciat alterius documenti, nulla ex hac memoria fiat exactio : nisi aliud documentum ejus memoria in secundo facta est, proferatur aut alia secundum leges quantitatis debitæ probatio exhibeatur. » — L. 7, C., *De Edendo*, II, 1.

(2) Nous avons vu plus haut que la Nov. 73, ch. VIII, subordonnait le droit d'avoir recours à la comparaison d'écritures, au fait que des témoins avaient assisté à la confection de l'acte. — On ne pouvait donc se servir de la seule comparaison des écritures que dans un cas : lorsque les témoins avaient disparu.

(3) Justinien a réglementé d'une façon fort sévère la preuve de cet alibi, lorsqu'un acte indique le lieu et la date de sa confection. Voici dans quelle hypothèse :

L'écriture peut parfois fournir un moyen d'éluder en grande partie les solennités compliquées qui sont requises pour la stipulation. — On sait qu'en principe, celui qui invoque un contrat de stipulation doit prouver l'accomplissement réel de toutes les

1° *Par titres*, en produisant d'autres actes sur lesquels il ait apposé sa signature et qui, datés du même jour, portent l'indication d'un lieu différent. Peu importait du reste, que le défendeur les eût signés en qualité de partie ou de témoin ; mais, ce qui était indispensable, c'est que ces actes fussent *publica* ou *quasi publice confecta*. On comprend, en effet, qu'un acte privé, émanant du défendeur n'ait eu aucune autorité, puisque nul ne peut se créer un droit par ses propres écritures ; et qu'émanant d'un tiers, il ait été tout aussi insuffisant, en vertu du principe : *Unius testimonio non est credendum*.

formalités prescrites. Pour faciliter cette preuve, les parties avaient l'habitude de rédiger un écrit ; et déjà, à l'époque classique, on admettait que cet écrit faisait foi de la pleine et entière observation de la loi, sans qu'il fût même nécessaire qu'il constatât expressément que les règles de forme avaient été fidèlement observées. — Il suffisait qu'il mentionnât la promesse faite par l'un des contractants à l'autre : « Si scriptum in instrumento fuerit promississe aliquem, perinde habetur ac si interrogatione dræcedente responsum sit. » (*Inst.*, § 17, *De inutil. stip.*, III, 19 ; Cf., § 8, *Inst.*, *De fidejussoribus*, III, 20). — Cependant, il pouvait se faire que la stipulation n'ait, en réalité, pas eu lieu ; et alors le défendeur, qui voulait renverser la présomption résultant de l'acte, avait pour ressource de prouver qu'il n'était pas en présence de son adversaire au moment où le prétendu contrat s'était formé. — On sait, en effet, que la stipulation ne pouvait avoir lieu entre absents (L. 134, § 2, D., *De verb. obl.*, XLV, 1 ; et L. 1, C., *De contr. et comm. stip.*, VIII, 38) ; et la preuve de l'absence était toujours admise sans difficulté dans l'ancien droit. Justinien voulant, dit-il, enlever un élément à l'esprit de chicane, la proscrivit dans le cas où l'écrit porterait indication du jour et du lieu du contrat. — En pareille hypothèse, le défendeur est tenu d'établir non seulement qu'il ne s'est pas rencontré avec son adversaire au jour indiqué, mais encore que l'un d'eux a passé cette journée toute entière hors de l'endroit désigné par l'acte ; et cette preuve, il ne peut la faire que par écrit ou à l'aide de témoins placés au-dessus de tout soupçon (§ 12, *Inst.*, *De inutil. stip.*, III, 19).

2^o *Par témoins* : en présentant des personnes qui viennent déclarer que, le jour indiqué dans l'écrit contesté, elles ont vu le défendeur dans un autre lieu.

Quant au nombre de ces témoins, les jurisconsultes ne furent jamais d'accord ; les uns voulaient que le défendeur en fournit autant que le demandeur en présentait lui-même pour affirmer la sincérité de l'écrit ; les autres, considérant l'acte comme étant lui-même un témoin, et un témoin important, exigeaient au moins du défendeur deux témoins de plus que pour son adversaire ; d'autres enfin soutenaient que, dans le cas où les deux parties produisaient le même nombre de témoins, on devait appliquer la règle : *Favorabiliores rei potius quam actores habentur*. D'après eux, par conséquent, le débat devait être tranché en faveur de celui contre lequel on produisait le titre.

Notons, enfin que cette dernière interprétation ne s'applique qu'au cas où les témoins produits de part et d'autre jouissent tous d'une égale réputation ; car on admit toujours le droit pour le juge de peser la valeur des témoignages, et le décider d'après l'honorabilité respective de leur auteurs.

Quiconque était convaincu d'avoir à tort refusé de reconnaître son écriture se voyait condamné à une amende de vingt-quatre *aurei* ; il était de plus déchu du droit d'invoquer l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* dans le cas où elle lui aurait été accordée ; mais il fallait pour cela que l'acte dénié eût été *publice confectum*.

Justinien, dans un texte qui témoigne à la fois de la scandaleuse fréquence qu'avait atteinte la dénégation d'écritures et du mécontentement qu'elle causait à ce

prince, établit pour tous les cas une condamnation *in duplum* (1).

La circonstance que l'écrit portait ou non la mention de sa cause, avait aussi une importance considérable ; l'acte est-il causé, cette cause est tenue pour vraie, et c'est le débiteur qui la conteste qui doit faire la preuve contraire par les moyens écrits les plus évidents ; ne l'est-il pas, il est considéré comme insuffisant pour lier le débiteur ; et le fardeau de la preuve, tant de l'obligation que de sa cause, reste à la charge du créancier (2).

(1) « Nobis necessarium visum est indecentes et turpes abnegationes præditæ poenæ subijcere. Si enim aliquis protulerit scripturam, alter autem eam negaverit, cum hæc litteras ejus habeat, ita ut necessitatem patiaturs actor causas pati circa probationem ejus, aut litteras quidem suscipiat ; dicat autem non solum debitum sibi, et probaverit hoc legitimis modis actor ; condemnationem adversus eum duplicem in utroque casu fieri sancimus, non quia amarioribus legibus delectamur, sed quia lites minores efficimus. — Si autem etiam reus proferat litteras actoris, deinde ille eas neget, at ille probet eas, non solum illud reputetur de quo negotiatio fuit, sed etiam tantum aliud adjiciatur. » — Nov. 18, *In auth.* VIII.

(2) L. 13, C., *De non numerat pec.*, et L. 25, § 4, D., *De probat.*, XXII, 3. — Voici l'explication de ce dernier texte ; le latin défec-tueux dans lequel il est écrit le rend fort difficile à comprendre ; Il est conçu dans les termes suivants : « Sed hæc ubi de solutione indebiti quæstio est ; sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur : tunc eum in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit ; nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit. Tunc enim stare eum oportet suæ confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese hæc indebite promississe. » — Nous pensons qu'il faut le traduire ainsi : Quant à la question du paiement de l'indû, si l'on soutient que le billet (*cautio*) constate une dette qui n'existe pas ; et si ce billet est rédigé en termes confus (*indiscrete*), c'est à celui auquel on oppose cette fin de non recevoir (c'est-à-dire au prétendu créancier), à prouver qu'on lui

Nous venons de voir qu'en principe, lorsque l'écrit est causé, il fait, par lui-même, foi de sa cause jusqu'à preuve contraire; et que cette preuve est soumise à des conditions très rigoureuses.

Nous rencontrons, à une époque reculée, une exception frappante à cette règle, dans un cas tout particulier. A l'époque où le contrat *litteris* se formait au moyen d'inscriptions sur le *Codex*, il était de l'essence même de ce contrat d'éviter au créancier tout risque de contestation de la part du débiteur. Celui-ci se trouvait lié par les *nomina* qui étaient à la fois la cause génératrice et la preuve irrécusable de l'obligation. Cet état de choses ne dura pas longtemps: le droit prétorien dont les tendances furent toujours plus équitables et moins formalistes que celles du droit civil apporta, d'accord avec la jurisprudence, un premier secours à la situation du débiteur qui se serait obligé sans motif, en lui accordant le droit de repousser la prétention du demandeur au moyen de l'exception du dol.

Cette doctrine enlevait au contrat *litteris* son plus précieux avantage; mais elle respectait néanmoins les principes généraux du droit: il y avait, en effet, une cause présumée; et c'était à celui qui la niait à prouver ce qu'il avançait.

Une dérogation bien plus importante fut ensuite apportée au droit commun. Dans les cas où, d'après

doit réellement ce qui est porté sur le billet. Il n'en est plus de même si celui qui a rédigé le billet (*qui cautionem exposuit*) c'est-à-dire le prétendu débiteur, y a lui-même indiqué la cause pour laquelle il l'a souscrit; dans ce cas, en effet, on s'en tient à son aveu, à moins qu'il ne puisse prouver de la façon la plus évidente qu'il a promis ce qu'il ne devait pas.

l'écrit, l'obligation avait pour cause un *mutuum*, le débiteur qui prétendait que la somme ne lui avait pas été comptée, eut, pour se défendre contre l'action du créancier une exception de dol rédigée *in factum* et connue sous le nom d'*exceptio non numeratæ pecuniæ*. Or, voici ce que cette exception présentait d'anormal ; c'est qu'il suffisait au débiteur de l'invoquer pour mettre le créancier dans la nécessité de prouver la numération des espèces s'il ne voulait perdre son procès (1) : il y avait là, on le voit, une dérogation manifeste au fameux principe : *Reus excipiendo fit actor*.

Quelle en était la raison ?

Si l'on en croyait Maximien et Dioclétien, elle résulterait de l'impossibilité qu'il y a à prouver une négation (2).

Une semblable explication ne saurait être un instant admise ; car la négation d'un fait précis et déterminé, n'est, en somme, pas plus difficile à prouver que son affirmation. Il faut donc chercher un autre motif à la règle bizarre, au moins en apparence, du droit impérial ; et ce motif se découvre aisément lorsqu'on examine avec soin le cas dans lequel se présente l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

C'est qu'en fait, il se passait souvent à Rome où

(1) « *Exceptione opposita seu doli seu non numeratæ pecuniæ, compellitur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam : quo non impleto, absolutio sequatur* (L. 3, C., *De non num. pecun.*). »

(2) « *Cum inter eum qui factum adseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nulla est), et ob hoc ad petito rem hujus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia* (L. 10, C., *eod. tit.*). »

l'usure ne cessa jamais de fleurir sous toutes les formes, que des prêteurs d'argent, abusant du besoin de ceux qui étaient obligés de recourir à eux, contraignaient souvent ces malheureux à leur remettre d'avance le billet constatant la numération des espèces; après quoi ils se refusaient à leur compter l'argent, ou, tout au moins, à leur remettre intégralement le montant de la somme constatée dans le reçu (1).

La situation des infortunés débiteurs ainsi livrés à la discrétion des usuriers était trop intéressante pour qu'on n'y apportât pas quelque soulagement; c'est dans ce but qu'on imagina l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

Pour sauvegarder complètement les intérêts des débiteurs, cette exception eût dû être perpétuelle; mais il fallait éviter aussi de tomber d'un excès dans l'autre, et de créer une situation intolérable à un créancier peut-être de bonne foi: aussi l'exception ne pût-elle jamais être invoquée que pendant un certain temps.

Ce délai, fixé d'abord à un an, fut ensuite porté à cinq par une Constitution de Marc Aurèle, et définitivement réduit à deux par Justinien (2).

Ces dispositions, si elles n'avaient pas été complétées par d'autres, eussent été certainement insuffisantes: le créancier n'aurait eu, en effet, qu'à attendre deux années avant d'agir pour tenir le débiteur à sa merci. Aussi,

(1) Nous n'aurions que trop de facilité à citer les textes nombreux qui attestent la fréquence de ce genre de fraudes à Rome. — Cf. BONNIER, *Traité des preuves*, II, 46.

(2) L. 1, C., HERMOG., *De cautâ et non num. pecun.* — Inst. pr., *De lit. oblig.* — L. 14 pr., C., *De non num. pecun.*

permet-on à ce dernier de prendre les devants par un moyen spécial : la *querela non numeratæ pecuniæ*.

Il lui suffisait de remettre au créancier pendant le délai de deux années, un acte écrit portant que l'argent dont il s'était reconnu débiteur ne lui avait jamais été compté, pour rendre l'exception perpétuelle. Cette remise devait être faite, devant témoins, au créancier lui-même, ou, s'il était absent, aux représentants de l'autorité (1).

La loi 7 (*cod., tit.*) donnait encore un autre moyen de résister à la preuve fournie par l'écrit : « Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quæ numerata non est : per conditionem obligationem repetere, et si actor non petat. » Le débiteur poursuivait donc son prétendu prêteur par une *condictio*.

Dans tous les cas où le débiteur avait laissé s'écouler le délai de deux ans sans se servir de l'un ou l'autre de ces moyens, il était invinciblement tenu envers le créancier : l'écrit faisait pleine foi, et rien n'était plus juste ; car autrement la tâche imposée au créancier serait devenue de plus en plus difficile, le temps venant bien souvent lui enlever la plupart de ses moyens de preuve.

Passé le délai accordé pour invoquer l'exception, le débiteur était donc contraint de payer sans pouvoir

(1) In omni vero tempore quod memoratæ exceptioni taxatum est, ei licebit cui talis exceptio competit, vel denuntiationibus scripto missis querelam non numeratæ pecuniæ manifestare ei qui numerasse vel alias res dedisse instrumento scriptus est in hac quidem alma Urbe apud quemlibet ordinarium judicem, in provinciis vero, apud viros clarissimos rectores earum, vel defensores locorum. — L. 14, § 4, C., *De non numerat pecun.*

faire preuve d'une façon quelconque de la non-numération des espèces, sans avoir même la ressource de déférer le serment au demandeur. C'est dans ce sens qu'il faut entendre le langage de Justinien, lorsqu'il nous dit, au titre 21 des Institutes, que l'on se trouve obligé par l'écriture (1).

Enfin, nous trouvons encore toute une série de cas où les principes sur la force probante des écrits privés, recevaient échec ; et où l'on devait écouter celui qui, s'étant par écrit reconnu débiteur en vertu d'une cause déterminée, revenait sur son aveu ; mais au moins, dans tous ces cas, c'était à lui à faire la preuve : c'est lorsque l'écrit a été fait sous l'empire de la violence, du dol ou de l'erreur ; ou que, par suite d'une rédaction vicieuse, un acte relate une convention autre que celle que les parties avaient l'intention de conclure, et porte vente, par exemple, alors qu'elles entendaient simplement faire un contrat de louage.

II

De la force probante respective des actes privés, lorsqu'on les oppose les uns aux autres

Il peut arriver que la même partie produise, au cours d'une instance, deux écrits qui se contredisent. Que doit faire alors le juge ? Il doit n'ajouter foi ni à l'un, ni à l'autre. Ainsi les deux actes se détruiront réciproquement et leur existence ne produira aucun

(1) Cf. L. 8, C., *De non num. pec.*, et LL. 14, § 3, et 13, *eod. tit.*

résultat, ni pour, ni contre la partie qui les présente. La loi est formelle à cet égard (1).

Elle ne consacrait qu'une seule exception en faveur des testaments : en cas de dispositions contradictoires, c'est toujours le plus récent qui doit être exécuté; cela s'explique facilement si l'on réfléchit que le testateur, ayant été libre de modifier ses dispositions testamentaires jusqu'au jour de sa mort, c'est le dernier testament qu'il faut considérer comme représentant la volonté suprême du défunt.

Mais, le plus souvent, les deux écrits contradictoires seront présentés chacun par l'un des adversaires. Quelle sera alors la règle à suivre? Il faut ici faire une distinction : les actes émanent-ils de deux personnes différentes, on les assimilera à des témoins, et le juge décidera, d'après ses lumières, et en s'appuyant sur les circonstances et l'honorabilité respectives de leurs auteurs, auquel des deux écrits on doit accorder le plus de confiance. Les actes sont-ils, au contraire, l'œuvre du même individu, comme il n'y a pas de raison de préférer l'un à l'autre, on appliquera la maxime : *Favorabiliores rei quam actores habentur*, et l'on validera celui qui est le plus avantageux pour le défendeur. Telle est, du moins, la solution consacrée par Proculus, pour le cas où un *de cujus* a laissé deux testaments distincts portant la même date ; et dont l'un contient, au profit de la même personne un legs plus fort que l'autre (2).

(1) *Scripturæ diversæ fidem sibi invicem derogantes, ab una eademque parte probatæ, nihil firmitatis habere possunt.* — L. 14, C., *De Fid. Instr.*

(2) « *Binæ tabulæ testamenti eodem tempore exemplarii causa*

Nous venons d'examiner les cas où deux écrits se contredisent ; il nous reste à étudier une autre hypothèse qui se présente assez fréquemment : c'est celle où un même acte renferme des dispositions contradictoires. Dans ce cas, on se borne à annuler ces dispositions, tout en laissant subsister le reste de l'acte.

Même solution, lorsque certaines clauses d'un écrit ont été reconnues fausses en justice (1). Bien plus, lorsque le défendeur n'a pas été partie à l'instance, il ne peut se prévaloir de la déclaration de fausseté faite en justice, quant à l'acte produit par le demandeur. Il doit faire prononcer une seconde fois à son profit un jugement contre le demandeur ; sans quoi on lui applique le principe : *Res inter alios judicata*.

Quelques mots encore : tout titre dont on avait renoncé à faire usage comme suspect, ne pouvait plus être invoqué ; mais il fallait que la renonciation fût non équivoque ; et que la partie eût manifesté son intention d'une façon formelle, devant le magistrat, lorsque la foi du titre était contestée (2).

Réciproquement, un écrit admis comme vrai par le

scriptæ, ut vulgo fieri solet, ejusdem patrisfamilias proferuntur in alteris centum, in alteris quinquaginta aurei legati sunt Titio. Quæris utrum et quinquaginta aureos an centum duntaxat habiturus sit? Proculus respondit: in hoc casu magis heredi parcendum est, ideoque utrumque legatum nullo modo debetur, sed tantummodo quinquaginta aurei. » — L. 47, D., *De legat*, 2.

(1) « Ita demum, si de pluribus causis vel capitulis eædem pactiones seu transactiones initæ fuerint, illa tantummodo causa vel pars retractetur, quæ ex falso instrumento composita convicta fuerit, aliis capitulis firmis manentibus. » — L. 42, C., *De transactionibus*.

(2) L. 3, C., *De fide instrument*.

juge, pouvait être postérieurement être argué de faux ; il suffisait que celui qui l'attaquait jurât qu'il n'agissait pas par esprit de chicane. L'adversaire ainsi mis en demeure devait, ou produire son titre, ou jurer qu'il avait cessé de le posséder sans dol. Telles sont, brièvement exposées, les notions que nous avons pu recueillir sur la nature et la force probante des actes privés.

CHAPITRE II

Acta forensia

SECTION I

Notions générales sur la matière

Notre droit français ne connaît que deux sortes d'actes : les actes sous-seing privé et les actes authentiques, en comprenant sous cette dernière dénomination tous ceux qui émanent d'officiers publics quels qu'ils soient.

Il n'en était pas de même en droit romain ; entre les *acta privata* et les *acta publica*, on trouvait une catégorie d'écrits qui, tout en ayant une force probante supérieure aux premiers, produisaient des effets moins étendus que les seconds : c'étaient les *scripturæ forenses* ou *acta forensia* que Doneau qualifie fort heureusement de *media*, expression qui rend parfaitement compte de leur valeur relative.

Dans la section que nous consacrerons à leurs ef-

fets, nous verrons en quoi ils étaient inférieurs aux actes publics ; tout ce que nous pouvons affirmer maintenant, c'est qu'ils ne sauraient être confondus avec ces derniers bien que Justinien les qualifie de *publice confecta* (1). De tous les textes qui traitent de la matière, il résulte que cette expression ne doit pas être prise au pied de la lettre ; et que l'empereur faisant allusion à ce fait que ces écrits étaient rédigés en public, au forum, n'a pas eu l'intention d'exprimer une autre idée.

Nous venons de dire que les *acta forensia* étaient rédigés en public ; c'est, en effet, au Forum qu'étaient établis les bureaux (*stationes*) des *tabellions*, classe d'individus qui s'occupaient spécialement de ce genre d'affaires et dont nous allons étudier l'histoire et l'organisation.

On sait que les Romains recouraient volontiers aux bons offices d'un tiers pour la rédaction par écrit de leurs conventions ; et que les personnes riches avaient, parmi leurs esclaves, des secrétaires particuliers.

Tout le monde n'était pas assez riche pour se payer ce luxe ; et comme, d'autre part, l'ignorance marchait le plus souvent de pair avec la pauvreté, il en résulta la nécessité d'écrivains publics prêts à louer leurs services aux particuliers : « C'est ainsi, dit Merlin, que cette profession, comme toutes les autres, naquit des besoins de la société et de l'esprit de gain pour ceux qui s'y livrèrent. »

Les écrivains publics, peu nombreux à l'origine, se multiplièrent dans la suite, moins sans doute, parce

(1) L. 20, C., *De fide instrumentorum*.

que la connaissance de l'écriture tendait à devenir plus rare, comme le prétendent certains textes (1), que parce qu'au fur et à mesure que Rome étendit ses conquêtes, les rapports juridiques devinrent plus nombreux; et que, l'antique bonne foi disparaissant de plus en plus, ceux qui contractaient cherchèrent à entourer leurs actes de garanties plus sérieuses.

Quoiqu'il en soit de ces motifs, il est certain que sous Justinien, les écrivains publics formaient un collège important et sur l'organisation duquel nous reviendrons bientôt.

Ceux qui exerçaient cette profession sont désignés dans les textes sous les noms de *tabularii*, *tabelliones*, *conditionales*, *exceptores* et même de *forenses* (2); cette dernière dénomination s'explique par le lieu où les écrivains publics exerçaient leur industrie. Du reste, toutes ces expressions ne sont pas synonymes et nous aurons à les distinguer.

La plus ancienne paraît être celle de *tabularius* : son étymologie est claire : les *tabularii* ont été ainsi nommés des tablettes *tabulae* sur lesquelles ils écrivaient. Il est probable qu'à l'origine c'étaient des esclaves publics, chargés en sous-ordre de la recette des deniers publics et de la garde des archives (3) : on allait les trouver, on leur faisait connaître les conventions, et ils les rédigeaient, comme si les parties

(1) QUINTIL., *Inst. Or.* Liv. I, art. 1^{er}. VOPISCUS, Vie de Carinus.

(2) Ils se donnaient aussi le nom de *cursores* et de *logographi*, exprimant ainsi leur rapidité dans l'art d'écrire.

(3) Les esclaves publics avaient encore d'autres fonctions; ils stipulaient notamment pour les incapables. — Cf. L. 15, D., *De magistrat. conven.*

les eussent elles-mêmes écrites ; car cet office, d'abord tout d'obligeance, et certainement tout privé, même lorsqu'il était rétribué, n'ajoutait à l'acte nul cachet particulier et nul caractère authentique. Certains auteurs ont confondu à tort les *tabularii* avec les *notarii* ; ce nom est donné par les auteurs classiques aux sténographes qui recueillent les discours des orateurs ou toute autre parole (1). Plus tard, au Bas Empire, on l'appliqua à des officiers d'un ordre très élevé attachés au *consistorium principis* où ils font des rapports (2). Les *tabularii* doivent être également distingués des *actuarii*, sorte de secrétaires attachés au gouverneur d'une province avec la mission de rédiger, d'enregistrer et de sceller les actes dans lesquels figurait ce personnage.

Quant au terme de *tabellio*, il était inconnu à cette époque ; il n'apparut que lorsque les fonctions d'écrivains publics furent retirées aux esclaves pour être réservées aux seuls ingénus ou, tout au moins, à des hommes libres.

Ce fut vers l'an 401 que cette réforme eut lieu ; mais la Loi 3, au Code, *De Tabulariis* (3) qui la mentionne ne semble que consacrer un état de choses préexistant, puisque la Loi 15, C., *De Decurionibus* et la Loi 21,

(1) PLIN LE JEUNE, I, 9, *Epist.* 36 ; SUTONE., *Cæsar.*, ch. LV ; LL. 40, pr., D., *De milit. testam.*, XXIX, 1, et 26, C., *De pign.*, VIII, 14.

(2) L. un. C., *De primicerio*, XII, 7.

(3) « Generali lege sancimus, ut sive solidis provinciis, sive singulis civitatibus, tabularii liberi homines ordinentur ; neque ulli deinceps ad hoc officium patescat aditus qui sit obnoxius servituti. » — L. 3, C., *De Tabulariis*, X., 69.

C., *Ad legem Corneliam de falsis* antérieures de plus d'un siècle au texte précité nous prouvent que les *tabellions* pouvaient être appelés à la curie laquelle, comme on sait, resta toujours fermée aux personnes de condition servile (1).

Quoi qu'il en soit, le nom de *tabularii* resta; mais seulement pour désigner les gens, pour la plupart affranchis, qui continuaient à rédiger les actes pour le public, sans faire autre chose que de substituer leur style à celui de leurs clients, comme le font aujourd'hui nos écrivains publics.

Quant aux *tabelliones*, leur importance s'accrût au contraire en raison du soin apporté à leur recrutement; leur charge devint un véritable office, ils formèrent un collège important. Ce ne fut toutefois que plus tard, à une époque qu'il serait difficile de déterminer; mais qui ne doit pas être antérieure à Justinien (2), que le métier de tabellion fut érigé en fonction, et que la rédaction d'un acte, par celui qui en était investi lui donna presque l'authenticité.

Pour nous rendre compte de ce que fut, dans son dernier état, l'institution du tabellionat, il suffit de se reporter aux travaux de Furgole et de Cujas (3) : Sui-

(1) Il est à croire qu'avant leur émancipation complète, les *tabularii* passaient par une situation intermédiaire entre la liberté et l'esclavage, en ce sens qu'ils restaient attachés à leur condition comme les colons et les décourions; et que leurs fils étaient soumis aux mêmes règles. — Conf. L. 1, C., *De Tabulariis*, et L. 7, C., *De Jure fisci*.

(2) On ne trouve, en effet, avant ce prince, aucun texte qui distingue, au point de vue de leur caractère, les *tabelliones* des autres classes d'écrivains publics.

(3) FURGOLE, *Sur l'art. 5 de l'ordonn., des donations*. — Cf. CUJAS, COQUILLE, HENRYS et GODEFROY.

vant l'opinion de ce dernier auteur, opinion basée sur la Novelle de l'empereur Léon *περί πολιτικῶν σωματείων* les tabellions formaient à Rome un grand collège dont le chef portait le titre de *primicerius*, et qui se recrutait lui-même par voie d'élection; les conditions requises étaient les suivantes : être habile dans l'art d'écrire et de parler, connaître le droit et jouir d'une excellente réputation (1).

Les cérémonies de la réception n'étaient pas moins compliquées : le nouveau tabellion, était aussitôt après l'élection conduit au préfet de la Ville par ceux qui l'avaient nommé. Après que ceux-ci avaient juré que leur choix n'avait été dicté ni par la faveur ni par l'intérêt, le préfet de la Ville remettait au récipiendaire un anneau (*annulus signatorius*), emblème de ses fonctions; puis tout le collège des tabellions conduisait le nouvel élu, vêtu d'une robe blanche, au temple où une cérémonie religieuse terminait l'installation.

Tel est l'historique du tabellionat; nous allons maintenant étudier ce qu'étaient quant au fonds et à la forme les *scripturæ forenses*.

SECTION II

Forme des Acta forensia

Afin de nous bien rendre compte de ce qu'étaient les *acta forensia* tant au point de vue de leur forme qu'à celui de leur fond, il faut nous rappeler :

(1) « Tabelliones quique creabantur non nisi homines fidei probæ, et scribendi loquendique peritissimi, nec non et juris periti » (CUJAS, *loc. cit.*)

1^o Que le *tabularius* et, plus tard, le *tabellion* ne fut jamais que l'instrument dont les parties se servaient pour exprimer leurs volontés.

2^o Que si les actes rédigés par lui avaient aux yeux du juge plus de poids que les actes privés, cela tenait uniquement à ce que les capacités professionnelles et la bonne réputation du rédacteur présentaient des garanties de sincérité plus grandes que celles qu'on rencontrait dans les écrits émanant de particuliers quelconques.

Ce double principe posé, nous allons examiner d'abord les règles de forme qui présidaient à la confection des *scripturæ forenses*.

Lorsque les parties qui voulaient contracter s'étaient rendues chez le *tabellion* et lui avaient fait part de leurs intentions, celui-ci ou son clerc prenait note des volontés des contractants, et rédigeait, d'après ces données, une sorte de brouillon ou de projet d'acte qui portait le nom de *scheda*.

Après en avoir, selon toute probabilité, donné lecture aux parties, et s'être assuré qu'il répondait bien au désir de ses clients, le tabellion mettait le brouillon au net (*in mundum*) sur une feuille spéciale et portant différentes mentions sur lesquelles nous reviendrons bientôt (1).

La transcription du brouillon sur la feuille en question était faite soit par le tabellion lui-même, soit par son clerc, mais en sa présence ; et en présence aussi

(1) Justinien a, le premier, exigé cette double rédaction ; il paraît qu'avant lui on se contentait souvent du brouillon. — Cf., L. 17, C., *De Fide instrument.*, IV, 21.

de témoins qui, comme pour les actes privés, devaient, au nombre de trois, assister à toute la rédaction de l'acte (1).

Le tabellion achevait de remplir les formalités requises, en écrivant, de sa propre main, cette fois, la *completio*, ou fourmule finale, sorte de légalisation destinée à faire foi de la rédaction publique de l'acte (2).

Les témoins apposaient alors leur sceau (3) sur l'acte ainsi que le tabellion ; et, avant de terminer sa *completio*, ce dernier mentionnait expressément le fait de la présence effective des témoins pendant toute la durée de la confection de l'acte.

Enfin, et pour prévenir les changements que les faussaires auraient pu apporter à l'écrit, ce dernier était fermé et entouré d'un triple fil qui traversait la marge vers le milieu de son extrémité supérieure, de telle sorte qu'on ne pût ouvrir l'acte, sans rompre le fil (4).

Telles sont brièvement exposées, les diverses formalités requises pour la confection des *acta forensia* ;

(1) Nov., 73, ch. v.

(2) « Et si acta per tabellionem conscribantur, ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint. » — L. 17, C., *De Fide instrument.*

(3) Depuis Justinien, ils doivent également apposer leur signature.

(4) Ce procédé assez bizarre, pour assurer la sincérité de l'écrit, est exigé par un S.-C. rapporté dans les sentences de Paul, et dont voici la teneur : « Amplissimus ordo decrevit eas tabulas quæ privati vel publici contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari ut in summa marginis ad mediam partem perforatæ triplici ligno constringantur, atque impositum supra linum ceræ signa imprimantur, ut exteriores scripturæ fidem interiori servant. Aliter tabulæ prolatæ nihil momenti habuit. » — PAUL, *Sent., lib. V, tit. 25, § 6.*

nous allons maintenant revenir sur nos pas, et examiner plus en détail quelques points que nous n'avons fait qu'effleurer en passant.

Et d'abord, en quoi consistaient les mentions inscrites en tête de l'acte ?

Elles devaient renfermer le nom de l'empereur régnant et l'année de son règne ; le nom du consul en exercice et la désignation de l'année de sa charge ; et enfin, l'indication du mois et du jour de la rédaction (1).

Ces diverses indications qui, de tout temps, furent utiles pour permettre de contrôler la sincérité de l'acte, le devinrent particulièrement à partir de Justinien, à raison d'une nouvelle garantie que ce prince introduisit dans la rédaction des *scripturæ forenses*.

Il exigea, en effet, que celles-ci fussent écrites sur une feuille spéciale (*in charta pura*), en tête de laquelle se trouvait le *protocollum*, c'est-à-dire le nom du *Comes sacrarum largitionum* (le ministre des finances de nos jours), en exercice au moment de sa fabrication, et d'autres mentions analogues (2).

On conçoit dès lors, combien la comparaison de la date du *protocollum* avec celle des mentions inscrites par le tabellion permettait de constater *a priori* jusqu'à un certain point la sincérité de l'écrit : il suffisait, en effet, que l'époque de la confection de la feuille fût pos-

(1) « Hoc modo incipere in documentis : « Imperii ilius sacratissimi Augusti imperatoris, anno toto, » et post illa inferre consulis appellationem, qui in illo anno est, et tertio loco indictionem menssem et diem. » — Nov. 47, ch. 1.

(2) Nov. 44, ch. 11.

térieure à celle indiquée par le tabellion comme étant celle de la rédaction de l'écrit, pour que l'antidate sautât aux yeux ; c'est ce que fait très judicieusement remarquer Cujas dans son exposition sur la Novelle 44.

La *charta pura* de Justinien était donc comme un précurseur de notre papier timbré ; elle en différait pourtant à un double point de vue : d'abord la mesure n'était point fiscale ; et ensuite, l'usage de cette sorte de feuilles n'était imposé aux tabellions qu'à Constantinople « ubi, dit l'empereur, plurima quidem contrahentium multitudo multa quoque chartarum abundantia est. »

Une autre garantie résultait, avons-nous dit, de la présence des tabellions à l'expédition de l'acte. Ils étaient tenus d'y assister, et de prendre connaissance de chacun de ceux qui se rédigeaient chez eux avant d'y inscrire la *completio*. Cette mesure avait pour but de leur permettre d'éclairer plus tard le juge sur l'intention des parties, en cas de contestations entre celles-ci.

Rien ne pouvait dispenser les tabellions de cette présence effective, ni la maladie, ni des occupations urgentes ; mais ils pouvaient exiger que les contractants se rendissent dans leur cabinet (1).

Une sanction sévère garantissait l'observation de cette prescription : le fait qu'elle avait été omise n'entraînait pas la nullité de l'acte ; mais le tabellion coupable était destitué et forcé de se démettre de sa charge sans aucune espèce de compensation, au profit de celui qu'il s'était substitué lors de la rédaction de

(1) Nov. 44, ch. 1, § 3.

l'écrit, pourvu que cette personne fût capable et honnête (1).

Une seule exception à cette règle fut admise en faveur des tabellions de Constantinople qui, en raison du grand nombre de leurs affaires, furent autorisés à prendre un aide, une sorte de maître-clerc (*quasi vicarius*) qui pouvait les suppléer en tout et pour tout. Afin de s'assurer de la moralité et de la capacité de cet adjoint, il devait être agréé par le *magister census* sur la proposition du tabellion.

Nous ne reviendrons pas sur la nécessité de la présence des témoins formellement exigée par la Nov. 73, Ch. V, qui prescrit au tabellion d'en faire mention avant la clôture de l'acte; non plus que sur l'obligation imposée au tabellion de rédiger de sa propre main la *completio* (2).

Nous nous bornerons à examiner la question de savoir si, au moins sous Justinien, la signature du tabellion et des parties était exigée au bas de l'acte.

Certains auteurs l'ont prétendu; mais rien n'est moins probable : non seulement les textes restent muets sur ce point (et ce silence est d'autant plus significatif qu'ils exigent expressément la *subscriptio partium* pour les actes privés, tandis qu'ils ne requièrent pour les *acta forensia* que la *completio* du tabellion); mais encore

(1) Nov. 44, ch. 1, § 4.

(2) Cette *completio* constatait que l'écrit était *publice confectum*; elle devait, de plus, comprendre l'*absolutio partium*, déclaration des parties au moment de la clôture de l'acte par laquelle elles affirmaient persister dans leur commune intention, et en reconnaître dans l'écrit la traduction fidèle. — Cf., L. 17, C., *De Fide instrum.*, déjà citée.

notre sentiment est conforme au bon sens, car les *scripturæ forenses*, étaient évidemment un moyen de contracter ou de se procurer une preuve écrite des contrats, utile surtout aux personnes qui ne savaient pas écrire, et le plus souvent pas signer.

Qu'en fait, celles qui étaient instruites aient apposé leur signature au bas de l'acte, c'est possible ; c'est même probable ; mais le seul fait que la loi 17, au Code, *De Fide instrum* et la Nouvelle 73, ne citent la vérification des *subscriptiones partium* que comme une ressource exceptionnelle, prouve bien que ce n'était pas là une formalité indispensable.

Maintenant que nous venons d'étudier les règles de forme qui président à la confection des *acta forensia* ; il nous reste à examiner quels étaient leurs effets et leur force probante. Ce point fera l'objet de notre troisième section.

SECTION III

Effets et force probante des *acta forensia*

Il suffit de rappeler les principes que nous avons posés au commencement de notre section II sur la nature des *acta forensia* pour se convaincre qu'à la différence de nos actes notariés, ils ne font pas, par eux-mêmes foi de leur contenu.

Avec quelque soin qu'ils aient été rédigés, leur sincérité peut être néanmoins contestée par toute personne intéressée ; et tous les moyens de preuve sont admis contre eux. Danty définit parfaitement leur na-

ture en quelques mots : « A Rome, dit-il, les contrats ne faisaient pas foi comme parmi nous. Il fallait d'abord qu'ils fussent vérifiés par témoins, c'est-à-dire que les témoins dont le nom y était inscrit, eussent été entendus devant le juge sur la vérité de l'écrit (1). »

Les formes exigées par la loi ne constituaient donc qu'un supplément de garanties, de même que le tabellion, outre la valeur morale particulière que ses connaissances donnaient à l'écrit, ne jouait pas d'autre rôle que celui d'un témoin inspirant une plus grande confiance. Mais les témoins étaient aussi nécessaires dans les *scripturæ forenses* que dans les actes privés.

Du reste, la marche suivie quand l'écrit est produit en justice va nous donner l'idée la plus exacte de l'importance respective qu'avaient les différentes règles de forme qui avaient présidé à sa confection.

On appelait d'abord en témoignage le tabellion qui avait rédigé l'acte afin qu'il reconnût son écriture. Mais comme il arrivait souvent qu'à part la *completio*, l'acte avait été rédigé par la main d'un clerc ; ou qu'un *numerator* avait compté les espèces au moment du contrat, ces deux personnes étaient aussi appelées en témoignage ; et leurs déclarations pouvaient même suppléer celle du tabellion mort ou absent.

Réciproquement, en cas d'absence ou de décès du clerc et du *numerator*, le témoignage du tabellion appuyé de son serment était considéré comme une garantie suffisante.

Enfin, à défaut de toutes ces personnes, on avait recours à la vérification des écritures, d'après les règles

(1) DANTY, sur *Boic.*, ad. à la préface 13.

que nous étudierons plus tard ; vérification qui portait non seulement sur la *completio*, mais sur tout le corps de l'acte.

Ces divers témoignages n'avaient pour but que de s'assurer de la sincérité de l'écrit au point de vue matériel ; pour savoir s'il était bien conforme à l'intention exprimée par les parties au moment de sa rédaction, on avait recours à la déposition des témoins instrumentaires.

Nous avons vu que ceux-ci devaient toujours être au nombre de trois pour le moins, non compris le tabellion, son clerc et le compteur d'espèces ; mais ce nombre de trois était toujours suffisant, pourvu d'ailleurs que les témoins fussent des gens honorables et dignes de foi.

De là résulte que, si nombreux que fussent les témoins mentionnés dans l'acte, celui-ci ne perdait rien de sa valeur, lors même que la plupart d'entre eux n'aient avoir assisté à la rédaction : pourvu que l'on eut en faveur de l'écrit trois témoignages précis et concordants, il était tenu pour aussi valable que si tous les témoins eussent déposé favorablement.

Cette solution qui, d'ailleurs, était également admise en matière testamentaire, paraît extrêmement bizarre ; et ce n'est vraiment qu'au moyen d'un raisonnement extrêmement subtil qu'elle peut se justifier.

Chacun des témoins, dit-on, qui vient déclarer qu'il n'a pas été présent à l'acte, porte témoignage sur un fait qui lui est personnel et ne fait cette déclaration que pour lui-même.

Partant, chacun de ces faits particuliers n'est soutenu que par un seul témoignage, témoignage sans

valeur en vertu de la maxime : *Testis unus, testis nullus*.

C'est ainsi, du moins, que Doneau (1) légitime la règle romaine; mais nous ne pouvons nous empêcher, tout en reconnaissant son existence, de considérer la distinction sur laquelle on l'appuie comme le comble de la subtilité. Il semblerait plus naturel de l'interpréter de la manière suivante : La loi n'exigeant que trois témoins, considère comme un luxe surabondant la présence d'un plus grand nombre; elle n'attache donc aucune importance à la déclaration de quelque nature qu'elle soit, de tous ceux qui seront présentés en sus du nombre réglementaire.

Ainsi, et pour nous résumer, il faut, pour que les *acta forensia* aient plein effet :

1^o Que le tabellion, et, dans certains cas, son clerc et le compteur d'espèces reconnaissent leur écriture, ou que cette écriture soit vérifiée selon les règles.

2^o Que l'on obtienne, en faveur de l'authenticité de l'acte, le témoignage de trois des personnes désignées dans l'écrit comme témoins instrumentaires.

On pourrait donc presque dire que les *acta forensia* ne sont pas autre chose qu'une preuve testimoniale différente de la preuve orale habituelle, car ils ne tirent leur force que de la déclaration des témoins par devant lesquels ils sont passés ; et comme nous l'avons dit, la réserve de la preuve contraire est entière et admet tous les moyens (2).

(1) DONEAU, *Ad tit. de fide instrum.*

(2) C'est ainsi, par exemple, que l'exception *non numeratæ pecuniæ* est opposable même au créancier armé d'une reconnais-

Il n'en faudrait pas conclure, cependant, qu'il n'existe au point de vue de la force probante aucune différence entre les *scripturæ forenses* et les actes privés. Les soins particuliers apportés à la rédaction des premières doivent leur assurer, et leur assurent, en effet divers avantages sur les seconds.

Ces avantages sont au nombre de quatre, savoir :

1° Tandis que l'acte privé ne fait foi qu'autant qu'il est reconnu par celui auquel on l'appose, l'*instrumentum publice confectum*, conserve son autorité malgré les dénégations de l'adversaire, tant qu'on n'a pas apporté la preuve de sa fausseté ; et l'exécution provisoire de l'acte est accordée sans préjudice de l'action de faux qui se poursuit librement (1) ;

2° A la différence de l'acte privé, l'*actum forense* n'a pas besoin, pour sa validité, d'être signé par les parties ;

3° Le porteur d'un titre *publice confectum* passe pour le gage ou le bien hypothéqué avant le créancier muni d'un acte privé, lors même que ce dernier serait antérieur en date (2) ;

4° Enfin, depuis Justinien, si la femme qui a intercédé au mépris du S. C. Velleien a déclaré avoir reçu quelque chose, et que cette déclaration soit constatée

sance de dette, passée devant le tabellion par son prétendu débiteur. Nous trouvons une application de cette règle dans la loi 3, C., *De dote cauta et non numerata* : « In dotibus quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla ratio sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere, non solum marito contra uxorem, vel ejus heredes. » — CONF., L. 18, C., *De probationibus*.

(1) L. 2, C., *De fide instrument.*

(2) L. 11, C., *Qui pot. in pign.*

dans un *instrumentum publice confectum*, elle ne pourra faire la preuve contraire, et sera valablement obligée (1).

Ces réserves faites, toutes les règles applicables aux actes privés le sont également aux *scripturæ forenses*; nous ne signalerons à ce point de vue qu'une seule hypothèse que nous n'avons pu, et pour cause, indiquer en traitant des actes privés : la Loi 11, au Code, *Qui potiores in pignore*, nous apprend que lorsqu'on oppose l'un à l'autre deux actes dont l'un est privé, et l'autre *publice confectum*, on appliquera la règle *favorabiliores rei quam actores habentur* si les deux actes sont produits par la même personne ; tandis que, dans le cas contraire, on donnera la préférence à l'*actum forense*.

Nous en avons ainsi fini avec les *scripturæ forenses* ; nous allons passer maintenant à l'étude des actes publics.

CHAPITRE III

Actes publics

SECTION PREMIÈRE

Des différentes sortes d'actes publics

Le caractère général des actes publics, est l'authenticité ; mais, bien que ce soit là un avantage commun à tous ces actes sans exception, et que tous le possè-

(1) L. 23 pr., et § 2, C., *ad Sc. Vellei*.

dent au même degré, il ne faudrait pas en conclure qu'ils ont tous la même origine :

A ce dernier point de vue, au contraire, ils se divisent en deux classes : les uns doivent l'authenticité à l'autorité dont ils émanent ; les autres, au contraire, sont des actes quelconques privés ou *forensia* qui n'empruntent leur caractère qu'à la circonstance qu'ils ont été insinués dans les archives publiques.

Nous allons étudier, autant que nous le permettra le peu de renseignements qui nous sont parvenus sur la matière, ces deux catégories d'actes, à chacune desquelles nous consacrerons un paragraphe de notre section première.

I

Des actes rédigés par l'autorité publique

Les actes de cette espèce sont très peu nombreux, surtout dans les premiers temps de la République romaine.

Il semble que le peuple romain dont le développement politique fut si rapide et dont la civilisation atteignit un si haut degré ait dû se préoccuper de bonne heure, à l'instar des Grecs, de constater d'une manière exacte le nombre de ses citoyens, au moyen d'actes de l'état civil.

Il n'en est rien, pourtant ; et il résulte des recherches qui ont été faites sur ce point par plusieurs érudits, et, en dernier lieu par M. Derome (1), que ce n'est

(1) DEROME. Des preuves de l'état civil chez les Romains. *Rev. de Législat.*, t. XXXVI, année 1849.

que fort tard que l'on songea à établir des registres de l'état civil.

« Le génie organisateur de Rome, dit cet auteur, ne se développa que dans l'intérêt de sa discipline militaire et de son système financier ; son administration se concentra tout entière dans sa fiscalité qui ne fut que trop savante. »

Il ne faudrait pas, cependant, se hâter de conclure de là que, pendant longtemps, les Romains n'eurent absolument aucun moyen officiel de prouver leur état civil, mais nous verrons que ce ne fut qu'accessoirement ; et, pour ainsi dire, par voie de déduction qu'ils pouvaient faire cette preuve. Expliquons notre pensée :

Les plus anciens écrits rédigés par l'autorité publique furent les registres du cens, dont la création remonte à Servus Tullius ; ils étaient essentiellement un cadastre, un état des fortunes servant de base à la classification électorale et, en même temps, à l'assiette de l'impôt ; toutefois comme les Romains y déclaraient non seulement leurs biens fonciers et leurs propriétés mobilières tels que leur numéraire, leurs animaux et leurs esclaves, mais encore leur domicile, leur âge, leur nom et celui de leurs femmes et de leurs enfants (1), ces dernières mentions pouvaient fournir des éléments de preuve, en matière d'état civil, dans les différentes affaires civiles ou criminelles.

Au fur et à mesure que Rome étendit ses conquêtes, elle imposa aux villes vaincues les règles de son ad-

(1) DENYS D'HALYCARNASSE, Liv. IV, ch. xv. — CICÉRON, *De legibus*, III, 3.

ministration ; aussi savons-nous par Tite-Live (1) que les provinces avaient, au point de vue qui nous occupe, les mêmes moyens de preuve que la capitale de l'empire (2).

Quelle était l'autorité des mentions inscrites dans les registres du cens ?

Bien qu'on ait voulu conclure de la Loi 10, D., *De Probat.* (3), que leur force probante était très énergique, il paraît qu'ils ne fournissaient guère qu'un commencement de preuve pour la possession d'état.

Cicéron, en effet, s'exprime ainsi sur leur compte : « Censu non jus civitatis confirmat, ac tantummodo indicat eum qui sit censu ita se jam tum gessisse pro cive (4). »

Ce peu de crédit dont jouissaient ces actes émanant pourtant de l'autorité publique tient à deux causes : la première, c'est que le recensement se faisait à des époques très irrégulières, puisqu'il n'y eut qu'une soixante et onze dénombremens de l'an de Rome 189 à l'an 703, c'est-à-dire en 514 ans ; la seconde, c'est qu'il était de plus fort mal fait et qu'on y omettait le plus souvent les absents.

Le dernier recensement eut lieu sous Décimus ; il y

(1) TIT.-LIV., LIV. XXIX, ch. xv.

(2) On trouve encore, à une époque très ancienne d'autres éléments de preuve de l'état civil, résultant des rôles de conscription militaire qu'on dressait déjà au début des guerres puniques chez les peuples de l'Italie, et dans lesquels l'âge des hommes appelés au service était indiqué. — POLYBE, LIV. II, ch. xxiii et xxiv.

(3) « Censu et monumenta publica potiora testibus esse senatus censuit. » — L. 10, D., XXII, 3.

(4) CIC., *Pro Arch. poet.*, chap. v.

avait près de deux cents ans qu'on n'en avait pas fait un.

On substitua à ce mode de constater l'état des fortunes, d'une part l'*indiction* pour l'impôt foncier, et de l'autre, la *capitation* ou impôt personnel.

Les inscriptions qui servirent de base à la capitation purent d'autant mieux suppléer à l'absence de registres de l'état civil que les femmes y étaient portées aussi bien que les hommes (1).

Aussi, voyons-nous recourir à ces registres, lorsqu'il s'agit de constater l'âge d'un citoyen : c'est ainsi que, dans le recensement fait par l'empereur Claude, l'an 47 de notre ère, on vérifia les recensements antérieurs, pour s'assurer que T. Fullonius de Bologne avait réellement cent cinquante ans comme il le déclarait (2).

Certains municipes, d'origine grecque, tels que Naples, Tarente, Rhegium, Locres et généralement les villes de la Grande Grèce avaient, paraît-il, des registres (*tabulæ*) où les noms des citoyens étaient inscrits (3).

Les tribunaux romains leur accordaient la même confiance qu'aux tables des censeurs.

Enfin, on pouvait invoquer également, dans les questions d'état, les tables des préteurs dans lesquelles on inscrivait les noms des étrangers reçus citoyens de

(1) « *Ætatem in censendo significare necesse est quia quibusdam ætas tribuit, ne tributo onerentur; veluti in Syriis a quatuordecim annis masculi, a duodecim feminæ usque ad sexagesimum quintum annum capitis obligantur.* — L. 3, D., *De Censibus*.

(2) PLINÉ, *Hist.*, Liv. VII, ch. XLIX et L.

(3) CIC., *Pro Arch. poet.*, ch. IV et V.

Rome. Ces registres avaient quelque analogie avec les livres de bourgeoisie des communes du moyen-âge ; mais la facilité avec laquelle les Romains, à l'encontre des Grecs, accordaient le titre de citoyen, fut cause que ces *tabulæ* ne furent jamais tenues avec un grand soin et que, malgré leur caractère d'authenticité, on fut toujours admis à les combattre en se basant sur la négligence des prêteurs.

Jusqu'à présent, nous n'avons rencontré aucune disposition législative ayant pour but spécial de fournir des preuves dans les question d'état.

Ce fut Marc-Aurèle qui, le premier, paraît avoir eu la pensée d'une organisation régulière des actes de l'état civil. Il décida que chaque citoyen serait tenu de déclarer la naissance de ses enfants, et de leur donner un nom dans les trente jours. La déclaration devait être faite à Rome devant le *præfectus ærarii Saturnii*, dans les provinces, devant des *tabularii publici*, institués à cet effet.

Il ne s'agit plus ici, comme dans les précédentes institutions, d'assurer, pour ainsi dire, l'assiette de l'impôt : ce que veut Marc-Aurèle, c'est simplement ménager des moyens de preuve pour la filiation : « Ut si quando de statu quæstio esset, inde probationes peterentur quis a quo editus esset » (1).

Quelqu'utile que fût cette innovation, il est à peu près certain qu'elle ne fût pas observée bien longtemps. Il est vrai que la Loi 2, au Code, *De Testibus* déclare que l'ingénuité ne peut se prouver par té-

(1) JULIUS CAPITOLINUS. — *Vie de Marc-Aurèle*, ch. x.

moins (1) ; mais les *instrumenta* qu'elle exige pour servir de preuve peuvent désigner non pas seulement les extraits des registres créés par Marc-Aurèle, mais encore un autre genre d'écrits connus sous le nom de *professiones* et que nous trouvons cités dans plusieurs textes du Digeste et du Code (2).

Qu'était-ce que ces *professiones* ?

C'est là un point assez obscur : Doneau y voit des extraits des registres de Marc-Aurèle ; mais c'est là une erreur manifeste, car il en est question dans des textes antérieurs à cet empereur. Pothier, lui, les considère comme de simples dépositions de témoins, mais il se trompe évidemment car le texte de la Loi 29, D., *De Probat.* implique nécessairement que c'étaient des écrits (3).

Pour nous, nous pensons qu'elles consistaient en des actes privés émanant du père, de la mère ou de l'aïeul, et servant à constater l'âge, la filiation et la légitimité.

Cette opinion est d'autant plus plausible qu'elle peut servir à expliquer pourquoi les registres de l'état civil furent si longtemps inconnus à Rome. Nul n'ignore, en effet, que, surtout dans les premiers temps de la République, les familles patriciennes eurent à peu

(1) « Si tibi causa ingenuitatis fit, defende causam tuam et instrumentis, et argumentis quibus potes. Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt. »

(2) LL. 13 et 29, D., *De Probat.*

(3) « Probationes quæ de filiis dantur non in sola affirmatione testium consistunt ; sed et epistolas quæ uxoribus missæ allegantur, si de fide earum constitit, nonnulam vicem instrumentorum obtinere decretum est. » — L. 29, D., *De Probat.*

près seules la direction des affaires publiques et se réservèrent pendant de longues années le monopole des connaissances juridiques.

Les nobles romains qui, pendant des siècles, observèrent religieusement le culte des héros fondateurs de leur *gens*, et s'attachèrent à conserver avec un soin jaloux les preuves de leur illustre origine (1), durent nécessairement noter sur des tablettes spéciales les naissances, et généralement tous les faits qui venaient modifier l'état de leur famille. Le caractère quasi-religieux que les mœurs attachaient à tout ce qui concernait la *gens* devait donner à ces tablettes une grande autorité; et ce sont probablement des extraits qui, joints le plus souvent à d'autres moyens de preuve, servirent pendant longtemps, sous le nom de *professiones parentum* à trancher les questions d'état.

Voilà pour ce qui concerne les naissances. Quant aux mariages, nous avons quelques renseignements plus précis. Si nous ne trouvons pas de livres publics destinés à les enregistrer, du moins savons-nous que, lorsque les lois caducaires eurent attaché des privilèges si importants au mariage et à la paternité, on s'occupa d'en assurer la constatation; il est fait, à ce sujet, plusieurs allusions dans les auteurs, et notamment dans Juvénal et dans Suétone (2), où nous voyons le mariage constaté *apud acta*, c'est-à-dire

(1) On sait que toutes les grandes familles romaines possédaient une sorte d'arbre généalogique, et avaient même des esclaves spécialement chargés d'enregistrer tous les événements qui pouvaient contribuer à rehausser l'éclat de leur nom.

(2) JUVÉN., *Sat.* 9, v. 84 et 136. — SUÉT., *Tib.*, chap. v; *Calig.*, chap. viii.

dans des dépôts publics, sur lesquelles nous reviendrons dans notre second paragraphe.

Enfin Justinien vint compléter ces dispositions, en exigeant la rédaction d'*instrumenta dotalia* pour le mariage des personnes *nobiles*. Quant aux époux d'une condition moyenne, ils doivent se présenter au *defensor ecclesie* du lieu qu'ils habitent, et lui faire leur déclaration en présence de trois ou quatre témoins pris parmi les clercs. Le *defensor ecclesie* dresse alors un acte que les témoins signent avec lui ; cet acte est délivré aux parties sur leur demande ; au cas contraire, il est déposé dans les archives de l'église (1). Telle est, sans doute, l'origine des registres paroissiaux ; mais la Novelle 117 vint y apporter des dérogations considérables.

Les décès étaient-ils constatés officiellement à Rome ? Nous n'en savons absolument rien, n'ayant pu, malgré nos recherches, découvrir un seul passage y ayant trait, soit dans les textes juridiques, soit dans les auteurs littéraires.

Outre les divers écrits que nous venons de mentionner et qui, directement ou indirectement, se rapportent à la preuve de l'état civil, les actes publics comprenaient d'une façon générale tous les actes émanés de l'autorité publique et désignés sous le nom générique de *monumenta publica*. De ce nombre, sont les procès-verbaux rédigés pour constater l'accomplissement des actes judiciaires.

Il paraîtrait que, dans les premiers siècles de Rome, la procédure était purement orale ; et même au temps

(1) Nov. 74, chap. iv, § 1 à 3.

de Cicéron, les usages, sur ce point, n'avaient pas changé.

Mais, à l'époque des jurisconsultes, nous trouvons la coutume de dresser un acte des jugements et autres faits judiciaires, établie non seulement devant le tribunal de l'empereur, mais encore devant ceux des hauts fonctionnaires de l'empire, et même dans les simples justices municipales (1).

Les procès-verbaux devaient être rédigés le troisième, ou, au plus tard, le cinquième jour. Il paraîtrait que tous les actes judiciaires étaient inscrits en double expédition d'abord dans les *registra quotidiana*, sorte de plumitif qui contenait l'indication de tous ces actes simplement mentionnés à la suite les uns des autres ; et, d'autre part, sous forme de procès-verbaux plus détaillés et uniquement relatifs aux actes propres aux parties (*personalia*). Ces derniers étaient conservés dans les archives du tribunal et les intéressés pouvaient soit s'en faire délivrer des copies, moyennant salaire par les *exceptores*, soit en prendre simplement communication (2).

II

Des Actes déposés aux archives

Nous avons dit que le seul dépôt dans les archives publiques suffisait à donner aux actes rédigés soit par

(1) L. 3 D., *De his quæ in testamento delentur*; L. 13, D., *Quod metus causa*, et L. 21, D., *De auctoritate et consensu tutorum*. Cf. aussi *Fragm. vat.*, n° 112.

(2) L. 6, C., *De re judicata*; L. 2, C., *De edendo*.

les particuliers, soit par les tabellions, tous les avantages de l'authenticité.

Cette institution des archives se retrouve à peu près chez tous les peuples de l'antiquité. Aussitôt que les sociétés furent constituées, les cités naissantes éprouvèrent le besoin de conserver en lieu sûr les actes qui intéressaient leurs droits ou leur histoire ; aussi les archives ne renfermèrent-elles d'abord que les monuments législatifs et les décisions de l'autorité. Les premiers endroits affectés à ce genre de dépôt furent les édifices religieux, et nous savons que les temples les plus fameux de la Grèce, tels que ceux de Délos et de Minerve, à Athènes, servirent d'archives.

Les Romains eurent la même habitude : ce furent, chez eux, le Capitole et les temples d'Apollon et de Vesta, dans lesquels on déposait les Tables d'airain sur lesquelles étaient gravées les décisions du Sénat, et, plus tard, les Constitutions impériales (1).

Au fur et à mesure que la civilisation se développa, le rôle des archives grandit ; et sans cesser d'y renfermer les monuments législatifs et administratifs, on prit l'habitude d'y déposer les actes privés auxquels les parties voulaient assurer la conservation et les précieux avantages de l'authenticité.

Cet usage existait déjà sous les premiers empereurs ; cela résulte clairement d'un texte de Paul, dans lequel il nous rapporte que c'est dans les archives

(1) Il est probable que les autres villes, voir même les communautés, avaient leurs archives également déposées dans les édifices religieux, puisque la Loi 30, au Code, *De episcopali audientia*, parle des archives de l'église d'Alexandrie — Cf. aussi. CICÉRON, *Pro Archia*, chap. iv.

qu'on déposait les actes privés comme les testaments, pour y avoir recours au besoin (1).

Ulpien (L. 9, § 6, Dig., *De pœnis*, Liv. XLVIII, tit. 19) désigne ces lieux de dépôts publics sous le nom significatif de *grammatophylacium*, ce qui implique la même idée.

Les principales villes de l'Empire ouvrirent bientôt, à l'image de Rome, leurs archives aux écrits privés, et Justinien généralisa cette institution, en ordonnant d'établir des archives dans toutes les villes où il n'en existait pas (2).

La même Nouvelle, dans laquelle est contenue cette décision, nous fournit des renseignements sur l'économie intérieure des dépôts publics.

Il y avait des fonctionnaires chargés de classer et de conserver les actes déposés, et aussi d'en délivrer des copies moyennant salaire. Ils habitaient le lieu consacré à ce genre de dépôt; peut-être même, lorsque c'était un temple, étaient-ils pris parmi les prêtres chargés du culte.

Ce qui est certain, c'est qu'ils étaient répartis dans quatre bureaux, et se divisaient en *juris studiosi*, *advocati*, *tabelliones* et *pragmatici*.

(1) « Ac deinde signo publico obsignatum in archium redigatur, ut si quando exemplum ejus interciderit, sit unde peti possit. — PAUL, *Sent.*, liv. IV, tit. 6, § 1.

(2) « Præcepta vero faciat tua eminentia per unamquamque provinciam ut in civitatibus habitatio publica quædam distribuatur, in qua conveniens est defensores monumenta recondere, eligendo quemdam in provincia qui horum habeat custodiam : quatenus incorrupta maneant hæc, et velociter inveniantur a requirantibus; et sic apud eos archivum et quod hactenus prætermissum est in civitatibus emendetur. — Nov. 15, chap. v, § 2.

Il y avait des archives spéciales dans le palais de l'empereur ; c'étaient sans doute les modèles du genre : elles se divisaient aussi en quatre bureaux ou greffes, savoir : les mémoriaux, les épîtres, les libelles ou requêtes et les dispositions ou diplômes (1).

SECTION II

Règles de forme et force probante des actes publics

Nous ne possédons absolument aucun renseignement sur la forme des actes publics de la première catégorie : il est probable qu'ils consistaient en registres et en tablettes, et aussi, pour les actes administratifs, en tables gravées, de bois, de pierre ou d'airain ; cette question est, du reste, sans importance. Quant aux écrits déposés aux archives, il suffit de se rappeler qu'ils se composaient d'actes privés ou rédigés par des tabellions pour être convaincu qu'il n'y a, en ce qui les concerne, qu'à se référer à ce que nous avons dit des règles de forme propres à ces deux sortes d'actes.

Ce que nous devons donc rechercher ici, ce sont les formalités qui accompagnaient le dépôt des actes aux archives.

Il résulte de la Nouvelle 73, chap. VII, § 3, que les

(1) A Rome, la garde des archives était confiée au *magister census* (L. 30, C., *De donat.*) ; dans les provinces aux magistrats municipaux (L. 2, C., *De magistr. municip.*), et aux *defensores civitatum* (L. 9. § 1, C., *De defens.*).

parties devaient apporter elles-mêmes l'acte au dépôt des archives ; elles le remettaient au fonctionnaire gardien du dépôt, et lui déclaraient que la convention contenue dans l'écrit était la représentation exacte de leur volonté réfléchie et persistante.

Le dépôt était fait en présence de trois *principales* ou *curiales*, non compris le magistrat et l'*exceptor publicus* qui inscrit l'acte et dresse procès-verbal du dépôt. (L. 151, C. Théodos, *De Déc.* XII, 1. — Nov. Théod., 23). On remettait aussi aux déposants une sorte de reçu où l'opération était relatée avec quelque détail.

Ce dernier point n'est pas clairement établi par les textes ; mais il semble impossible que l'on n'assurât pas aux déposants un moyen de prouver le dépôt. On a même soutenu que ce reçu pouvait servir de copie de titre et faire preuve en justice ; mais nous ne pensons pas qu'on doive aller jusque-là, et nous croyons que, dans tous les cas où l'acte déposé aux archives pouvait être utile pour éclairer le juge dans un procès, on avait recours soit à un examen de l'acte lui-même au dépôt des archives, soit à une copie certifiée que les parties se faisaient délivrer par les gardiens du dépôt.

Comme on le voit par la Loi 31, C. *De Donationibus*, le dépôt aux archives portait le nom d'*insinuation*, à cause du procédé de classement des titres (1). Cette insinuation n'avait, est-il besoin de le dire, aucun

(1) « In donationibus quæ actis insinuantur non esse necessarium judicamus vicinos vel alios testes adhibere, nam superfluum est privatum testimonium cum publica monumenta sufficiant. »

rapport avec l'institution de même nom usitée dans notre ancien droit français ; elle avait uniquement pour but de donner aux actes déposés les avantages de l'authenticité, et s'appliquait à toute espèce d'actes. Elle ne doit pas davantage être assimilée à la transcription actuelle ; puisque, chez les Romains, l'acte devait être remis par les parties, et que c'était l'original et non une copie qui était déposé.

Telles étaient les formalités requises pour l'insinuation ; on voit qu'elles étaient fort simples ; elles se ressemblent évidemment du développement philosophique auquel étaient parvenues les idées des jurisconsultes lorsque cette institution fut créée. Il n'était pas même besoin d'amener devant le gardien des archives les témoins qui avaient assisté à l'acte ou le tabellion qui l'avait dressé ; la Loi 31, C. *De Donationibus*, déjà citée, nous le dit expressément ; et bien que ce texte ne parle que des donations, il faut l'étendre à tous les actes déposés aux archives.

L'insinuation fut exigée pour les actes d'une certaine importance. Constance Chlore assujettit à cette formalité les donations supérieures à cinq cents solidus (1) ; plus tard ce taux fut abaissé à deux cents (2), puis rétabli à cinq cents par Justinien. Cette exigence avait surtout pour but d'empêcher que ces actes ne pussent être trop facilement détruits ; tel est du moins le motif qu'en donne Constantin (3).

(1) L. 1, C. Th., *De sponsal.*, III, 5.

(2) § 2, Inst., *De donat.*, II, 7.

(3) « Data jampridem lege statuimus, ut donationes interveniente actorum testificatione conficiantur. Quod vel maxime inter necessarias conjunctasque personas convenit custodiri. Si quidem

Quant aux actes pour lesquels l'insinuation n'est pas obligatoire, on peut dire que leur dépôt dans les archives publiques leur donne un caractère absolu d'authenticité ; mais il n'allait pas, cependant, jusqu'à valider un acte vicieux.

Il suffisait donc que l'acte fût, par lui-même, valable comme acte privé ou quasi-public pour que l'insinuation en fût, au point de vue de la preuve, l'égal des actes publics, tels que les registres du cens. Les textes sont, sur ce point, aussi nombreux que formels : « Professiones apud prætorem obtinent publicam tabularum auctoritatem », dit Cicéron dans son plaidoyer pour Archias.

La Loi 6, C., *De re judicata*, est encore plus affirmative : « Gesta quæ sunt translata in monumenta publica habere volumus perpetuam firmitatem. »

Enfin, la Nouvelle 49, ch. II, § 2, ne dément pas les citations précédentes puisqu'elle décide, dans les termes les plus généraux, que « quod ex publicis archivis profertur, et publicum habet testimonium. »

En un mot, tous les actes publics, soit qu'ils émanassent de l'autorité, soit qu'ils fussent des écrits privés insinués aux archives, faisaient en justice preuve absolue : pas n'était besoin de les vérifier ; et les mentions qu'ils renfermaient ne pouvaient être combattues par les dépositions contraires des témoins (1).

clandestinis et domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest, vel id quod vere gestum est aboleri. » L. 27, C., *De donat.*

(1) « Census et monumenta publica potiora testibus esse senatus censuit. » — L. 10, D., *De probat.*

DEUXIÈME PARTIE .

DES DIVERSES PARTICULARITÉS QUI PEUVENT SE PRÉSENTER
DANS L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE LITTÉRALE

CHAPITRE PREMIER

De la comparaison des écritures

Cette matière a déjà été effleurée par nous dans le cours de notre thèse ; mais d'une façon trop légère pour ne pas nous obliger à y revenir plus en détail.

On se souvient que tout écrit produit en justice, pouvait, à part les actes publics, être dénié par la personne à qui il était opposé ; si donc celle-ci méconnaissait sa signature ou l'écriture du tabellion qui avait rédigé la *completio*, il fallait, de toute nécessité, que celui qui voulait se servir de l'écrit prouvât sa sincérité.

Cette preuve, nous l'avons vu, pouvait être faite soit en appelant en témoignage les personnes qui avait assisté à la confection de l'acte, ou le tabellion qui l'avait rédigé, soit lorsque ces divers témoins étaient morts ou absents, en recourant à la vérification des écritures.

C'est ce dernier mode de preuve que nous allons maintenant étudier en détail. Voici en résumé, en quoi il consiste :

L'écrit dont la sincérité est contestée est comparé avec d'autres actes émanant incontestablement de la personne à qui on l'attribue. Cette comparaison est faite par des experts; et de leur décision on déduit la sincérité ou la fausseté de la pièce en question.

On le voit : le fond de l'opération était évidemment à Rome ce qu'il est encore de nos jours ; malheureusement la rareté et l'obscurité des textes relatifs à la matière ne nous permettent pas de savoir au juste quels étaient précisément les formes et les procédés usités en pareil cas.

Ce qui est certain, c'est que ce mode de preuve ne jouit jamais d'une grande faveur; et que ce discrédit tenait non seulement aux risques d'erreurs qui se présentent si fréquemment en cette matière, mais encore à des pratiques frauduleuses qu'on est malheureusement obligé de regarder comme presque générales chez les Romains.

Justinien nous donne à ce sujet des renseignements fort curieux et qui expliquent parfaitement que plusieurs empereurs, frappés des dangers de la comparaison d'écriture, aient été portés à l'interdire complètement (1).

Dans la même Novelle, 73, il nous indique combien

(1) « Quidam imperatorum super excrescente jam malitia eorum qui adulterantur documenta, hæc talia prohibuerunt : illud studium falsatoribus esse credentes, ut ad imitationem litterarum semetipsos maxime exercerent, eo quod nihil aliud est falsitas quam veritatis imitatio. » — Nov. 73, *Præfat.*

les rapports des experts pouvaient être parfois erronés ; et il relate un fait qui vient à l'appui de cette assertion : « Un particulier ayant produit en justice au contrat d'échange qui avait été dénié, eut recours à la comparaison d'écritures ; la décision des experts fut absolument défavorable au demandeur ; et, partant, la pièce fut jugée fausse. Cependant, l'événement prouve sa parfaite sincérité ; et l'acte fut reconnu par tous ceux qui l'avaient signé (1).

Malgré tous ces dangers, Justinien ne jugea pas nécessaire d'aller aussi loin que ses prédécesseurs ; et sans supprimer radicalement comme ils l'avaient fait, la comparaison d'écritures, ils se contenta de la réglementer minutieusement, et d'en limiter l'emploi, se flattant ainsi de faire disparaître ou tout au moins de diminuer sensiblement les inconvénients qu'on reprochait à bon droit à ce mode de preuves.

Les règles toutes restrictives imposées par Justinien en matière de vérification d'écritures ont droit à deux ordres d'idées bien différents ; les unes déterminent quels actes peuvent servir de terme de comparaison, et quels titres peuvent être soumis à la vérification ; les autres réglementent la formation de la demande en vérification, et la marche de la procédure.

Nous suivrons, dans notre étude sur les règles posées par Justinien, cette double division, et nous

(2) « Quoddam inopinabile occurit ex Armenia nobis exortum : oblato namque commutationis documento, et litteris dissimilibus judicatis quoniam postea inventi sunt ei qui de documento testati sunt, subscriptionem subdentes, et eam recognoscentes, fidem accepit documentum. » — Nov. 73, *eod. loc.*

consacrerons un paragraphe spécial à chacune de ces questions.

I

Dispositions relatives aux titres

Justinien, dans la loi 20 au Code, *De Fide Instrum.*, énumère les actes qui peuvent servir de pièces de comparaison : ce sont les *instrumenta publica* ou *publice confecta*; et les écrits privés signés de trois témoins, dont deux au moins reconnaissent leur signature et celle de la personne à qui on attribue l'écrit (1).

Cette énumération est essentiellement limitative ; cela résulte, non seulement de l'intention qui présidait aux réformes de l'empereur ; mais encore des termes dont il se sert expressément : « *Aliter etiam fieri comparationem nullo concedimus modo,* » dit-il expressément dans le texte déjà cité.

On doit en conclure que les actes privés non signés de trois témoins ; mais reconnus par le défendeur, et acceptés par lui comme termes de comparaison, ne peuvent néanmoins être admis. Cette solution qui semble, à première vue, contraire au bon sens, puisqu'en général l'aveu de l'adversaire est considéré comme la

(1) « *Comparationes litterarum ex chirographis fieri, et aliis instrumentis privatis quæ non sunt publice confecta, satis abunde que occasionem criminis falsitatis dare; et in judiciis, et in contractibus manifestum est. Ideoque sancimus non licere comparationes litterarum ex chirographis fieri, nisi trium testium habuerint subscriptiones, ut prius litteris eorum fides imponatur, etc.* »

meilleure des garanties; cette solution, disons-nous, se justifie parfaitement lorsqu'on réfléchit que la signature de trois témoins était exigée comme une sorte de condition d'ordre public, en ce sens qu'elle garantissait non seulement que l'acte était sincère, mais encore que celui qui l'avait rédigé l'avait écrit de son écriture habituelle.

Si rigoureusement que fût exigée la signature de trois témoins pour les actes privés, il est cependant deux cas dans lesquels on déroge à la règle.

La première exception est consacrée par la Nouvelle 49 (1); elle a en vue le cas suivant: Titius me réclame dix sous d'or en paiement d'objets qu'il m'a vendus et livrés, en même temps qu'il produit l'acte de vente qui porte sa signature et la mienne. De mon côté, je l'actionne en paiement d'une même somme de dix sous d'or que, par exemple, je lui ai prêtés en *mutuum*. Je produis aussi le billet de sa main où il se reconnaît mon débiteur, et c'est sa signature apposée sur ce billet qu'il conteste. Eh bien, quoique l'acte de vente qu'il produit contre moi ne porte pas la signature de trois témoins, je puis néanmoins, à la condition d'en reconnaître la sincérité, me servir de cette pièce pour la vérification de l'écriture de Titius dans le billet du *mutuum*.

Cela revient à dire que l'on peut prendre comme pièce de comparaison un écrit privé non revêtu de la

(1) « Sancimus si quando aliquid contigerit, et quispiam voluerit secundum eas quæ ab adversario prolatae sunt litteras fieri examinationem, non accusetur hoc tanquam non recte sit factum. » — Nov. 49, ch. II, § 1.

signature de trois témoins lorsqu'il est produit par l'adversaire : c'est que cet écrit, à raison des circonstances dans lesquelles il est produit a un caractère de sincérité tellement grand qu'il écarte toute idée de machination ; et qu'il serait contraire au bon sens et à l'équité de refuser de l'admettre comme moyen de vérification.

Quant à la seconde exception elle a un caractère plus général et s'étend à tous les actes publics : il suffit qu'ils soient retirés des archives pour pouvoir servir de terme de comparaison, sans qu'ils soient d'ailleurs revêtus de la triple signature exigée pour les actes privés. Peu importe également qu'il s'agisse d'actes renfermant des décisions de l'autorité ou d'actes privés qui ont été insinués : le seul fait de leur dépôt aux archives leur donne un caractère d'authenticité qui est toujours le même, et n'a besoin pour se compléter d'aucun témoignage particulier (1).

Voilà pour ce qui concerne les titres qui peuvent servir de termes de comparaison ; mais Justinien est allé plus loin, en limitant aussi les actes pour lesquels on peut demander la vérification : ainsi, ne peuvent être vérifiées en justice les pièces qui, devant être régulièrement signées de trois témoins, ne le sont pas ; il y a là une sorte de sanction de la triple signature exigée par la loi : tant pis pour celui qui a cherché à éluder cette disposition ; elle est d'ordre public et il serait injuste qu'on pût, par un moyen quelconque arri-

(1) « Quod ex publicis archivis profertur publicum habet testimonium, et etiam susceptibile hoc esse ad collationes manuum ponimus. » — Nov. 49, *eod. loc.*

ver à se constituer un titre en dehors des conditions fondamentales. « Et que l'on ne vienne pas dire, ajoute Justinien, que celui qui, négligeant d'observer les prescriptions de la loi, s'est confié à la bonne foi de son adversaire, est digne de pitié : il a cherché à éluder les règles prescrites : qu'il soit le premier à en souffrir et à supporter les suites de son imprudente confiance (1).

II

Dispositions concernant la demande en vérification d'écritures

Lors même que l'écrit suspecté était revêtu de la signature des trois témoins exigés par la loi, et que les pièces, dont on se proposait de faire usage comme terme de comparaison, remplissaient les conditions voulues, on ne pouvait obtenir *de plano* la vérification des écritures.

Il fallait encore remplir certaines formalités dont

(1) « Sed et si quis aut mutui instrumentum, aut alterius cuiuspiam faciat, et noluerit hoc in publico confiteri, quod et in deposito definimus, non ex ipso videatur credibile quod scribitur super mutuo documentum, nisi etiam testium habeat præsentiam fide dignorum non minus trium : ut sive veniant et propriis subscriptionibus attestentur, sive alii quidam testificentur, quia præsentibus eis confectum est documentum : fidem causa ex utroque percipiat, etiam litterarum examinatione penitus non repulsa, sed sola non sufficiente, augmento autem testium confirmanda. » (Nov. 73, ch. 2). Et au chapitre iv de la même Nov. : « Si tamen quisquam deponens aut mutuans, aut aliter contrahens, contentus sit scriptura sola ejus cum quo contrahit, in ipso erit ut sciat quia in illius fide totum ipse suspendit, et quidem quantum ex scriptura non sufficiens videbitur fides, nisi secundum nostram legem adjiciatur documento credulitas, aut præsentia testium coram quibus contractus est factus. »

plusieurs nous sont inconnues ; mais qui comprenaient un double serment imposé à celui qui formait la demande.

Il devait jurer devant le juge :

1° Qu'il n'agissait « neque lucri causa, neque inimicitiiis, neque gratia tentus (1). »

2° Qu'il se présentait « quia non aliam idoneam habet fidem ad collationem instrumentorum ; nec quidquam circa eam egit aut machinatus est quod possit forte veritatem abscondere (2). »

Cette obligation où l'on se trouve de jurer que c'est à défaut de tout autre moyen que l'on demande la vérification des écritures prouve assez combien, en dépit des précautions qu'il prenait pour lui assurer quelque valeur, Justinien se montre défavorable à ce genre de preuve.

Au sujet de l'exigence de ce double serment, une question s'est élevée qui a fort divisé nos anciens auteurs ; et qui, aujourd'hui encore, n'est pas définitivement tranchée.

Doneau(3) nous apprend que l'on admettait assez généralement que le serment devait être prêté, non pas par la partie qui demandait la vérification d'écritures, mais par les experts chargés d'y procéder. Il s'élève contre cette opinion qu'il déclare inadmissible, surtout lorsqu'on se reporte à la Nouvelle 73 qui s'exprime ainsi : « Si vero nihil aliud invenitur, præter collationem instrumentorum : quod hactenus valuit, fiat : ut qui profert ad collationem documentum juret solemniter. »

(1) L. 20, C., *De fide instrumentorum*.

(2) Nov. 73, ch. vii, § 3.

(3) Don., *Ad leg.*, 20, C., *De fide instrum.*

Il est certain que ce texte a bien trait à celui qui demande la vérification; mais s'il est avéré que celui-ci a un serment à prêter, rien ne prouve que les experts ne se trouvent pas dans une situation semblable.

On comprend fort bien, en effet, que s'il n'y avait que la partie qui pût jurer qu'elle n'avait recours à la comparaison d'écritures qu'à défaut de tout autre moyen de preuve, la partie du serment dans laquelle on jurait de n'agir ni par esprit de lucre, ni par haine, ni par amitié, semble se rapporter au moins autant au rôle des experts qu'à celui du plaideur en cause.

Le texte lui-même de la loi 20 au Code de *Fide Instrum.* peut fournir un argument à l'appui d'une pareille distinction, lorsqu'il nous dit : « Omnes autem comparationes non aliter fieri concedimus, nisi juramento antea præstito ab his qui comparationem faciunt, fuerit affirmatum, quod neque lucri causa, neque inimicitii, neque gratia tenti hujusmodi faciunt comparationem. »

Les mots « qui comparationem faciunt » peuvent, en effet, s'entendre aussi bien des experts que de la partie qui demande la vérification.

Telles sont les règles sur la procédure à suivre pour la vérification des écritures, qui sont parvenues jusqu'à nous. Les renseignements fort incomplets que nous fournissent les divers textes du Code qui traitent de la matière ne nous permettent pas de déterminer exactement quels en étaient les effets : tout ce que nous pouvons en conclure, c'est que ce genre de preuve fut toujours considéré d'un œil peu favorable par le législateur romain ; et qu'à proprement parler, il constituait moins une preuve véritable qu'un commencement de preuve.

Voici, du reste comment Cujas (1) s'exprime à ce sujet :

« La simple comparaison d'écritures toute nue ne fait point de foi ; le plus grand effet qu'elle puisse avoir, c'est de passer pour une demi-preuve ; c'est-à-dire d'obliger le juge à déférer le serment à la partie qui soutient la sincérité de l'écrit. Mais, pour faire preuve, il faut que le rapport des experts soit appuyé de la signature des témoins et de leur déposition. »

On le voit, Justinien n'attache à la vérification d'écritures qu'une bien maigre confiance ; non seulement il la subordonne à tant de formalités minutieuses qu'il n'en fait, en quelque sorte, que l'accessoire des autres modes de preuve ; mais encore, il va plus loin, en décidant que si, postérieurement à l'expertise, la sincérité d'un titre que les experts ont déclaré ne pas mériter créance, se trouve reconnue et affirmée par le témoignage de ceux qui l'ont signé, c'est au juge à voir qui, des témoins ou des experts mérite le plus de confiance (2).

Aussi pouvons-nous résumer notre opinion sur la vérification d'écritures en citant ces quelques lignes de Levayer par lesquelles nous terminerons notre chapitre :

« En vérité, quand Justinien décide que la vérification ne fera point preuve si la pièce que l'on veut vé-

(1) Ad. Nov. 49 et 73.

(2) « Si vero aliquid tale contigerit, quale in Armenia factum est, ut aliud quidem faciat collatio litterarum, aliud vero testimonia, tunc nos quidem existimavimus ea quæ viva dicuntur voce et cum jurejurando : hæc digniora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere. Verumtamen sit hoc judicantis prudentiæ, simul atque religionis, ut veracibus potius pro talibus credat. » - Nov. 73, ch. III.

rier n'est signée de trois témoins, ou, au moins, si elle n'est faite en présence de trois personnes graves et dignes de foi, et si elles ne déposent toutes qu'elles l'ont vu écrire en leur présence par celui dont la main est reconnue par les experts, n'est-ce pas dire en quelque manière qu'on ne considérera nullement la comparaison d'écritures, puisque généralement parlant, la déposition de trois et même de deux personnes dignes de foi est toujours suffisante pour faire la preuve ! » (1).

CHAPITRE II

De la production des Actes et de leur perte

Nous avons jusqu'ici examiné quels étaient les écrits qui pouvaient servir de preuve, et comment on constatait leur sincérité lorsqu'elle venait à être contestée. Il nous reste maintenant à étudier la manière dont ces divers moyens de preuve devaient être produits en justice ; dans quelle mesure ils y étaient admis et comment enfin on devait procéder lorsqu'ils avaient été perdus.

Ces différents points qui sont indispensables à élucider pour arriver à connaître ce que fût à Rome la preuve littéraire, formeront l'objet de deux sections : l'une consacrée à la production des actes, l'autre à leur perte.

(1) LEVAYER, *De la preuve par comparaison d'écritures*, p. 629.

SECTION PREMIÈRE

De la production des écrits en justice

En étudiant les divers textes que le Digeste et le Code consacrent à la preuve littéraire, on a pu se convaincre qu'en toute circonstance, les écrits jouèrent un certain rôle en matière de preuve et que même, dans certains cas, ils étaient non seulement utiles, mais encore nécessaires. Ces cas, nous les avons énumérés au début de notre thèse; nous n'y reviendrons plus maintenant; constatons seulement que toutes les fois qu'une contestation s'élevait en semblable circonstance, la production de l'écrit en justice était indispensable pour faire triompher la partie qui invoquait la convention que cet écrit avait pour but de constater. Mais, même en dehors de ces hypothèses, toutes les fois qu'un acte avait été rédigé, il pouvait être présenté comme moyen de preuve; et dès lors, il convient d'étudier à quelles règles était, en toutes circonstances, soumise la production d'un écrit en justice.

Le principe : *Actori incumbit probatio* était, en cette matière, constamment appliqué; sans nous étendre sur la portée de cette règle, et sur les motifs qui l'ont fait édicter, il est aisé de comprendre que l'on impose l'obligation de prouver à celui qui prétend changer l'état de choses existant.

Du reste, cette règle doit être entendue de la façon la plus large, c'est-à-dire de ne pas être séparée de cette autre : *Reus excipiendo fit actor*.

Ainsi donc, le demandeur, en formulant sa prétention devra présenter ses preuves à l'appui et, s'il y a lieu, l'écrit qui la rend vraisemblable. Le défendeur pourra ou bien le reconnaître et s'avouer vaincu, ou bien lui opposer des affirmations contraires qui le feront peut-être triompher ; mais dont il devra, en tout cas, fournir la preuve.

Tel est le premier principe dans la matière qui nous occupe ; le second, basé également sur l'équité et le bon sens, est que nul ne peut être contraint de présenter des écrits qui se retournent contre lui. C'est qu'en effet, le titre est un témoin, et nul ne peut être contraint de produire contre soi des témoins à charge (1).

Ce second principe souffrait un petit nombre d'exceptions résultant, soit de la nature même des choses, soit d'avantages procurés à certains plaideurs particulièrement favorables. Voici les principales :

Les marchands devaient, en cas de contestation, présenter leurs livres qui pouvaient ainsi fournir témoignage contre eux.

Le fisc qui demandait un second paiement au contribuable dont les quittances étaient perdues devait exhiber ses registres (2).

Lorsqu'entre particuliers, il avait été passé une convention emportant des obligations réciproques, comme

(1) « Nimis grave est quod petitis, urgeri partem diversam ad exhibitionem eorum per quos sibi negotium fiat ; unde intelligitis quod intentionis vestræ proprias afferre debetis probationes, non adversus se ab adversariis adduci. » — CONST., MAXIM. et DIOCLET., L. 7, C., *De Testibus*.

(2) L. 4, C., *De fide instrument*.

la vente ou le louage, celle des deux parties qui détenait le titre devait le présenter, quel que fût son rôle au procès.

Enfin, le juge pouvait, s'il le jugeait utile, ordonner la production du registre de celui à qui l'on réclamait la restitution d'un dépôt (1).

Voilà pour le cas où les titres sont entre les mains d'une des parties; mais il peut se faire qu'ils soient détenus par des tiers étrangers au procès. Quelles règles devra-t-on suivre alors ?

Le titre écrit fut toujours, on le sait, assimilé par le Droit romain au témoignage oral : c'était, disait-on, le meilleur des témoins. Aussi les règles applicables à cette catégorie de personnes s'étendaient-elles, du moins dans leurs caractères généraux, aux actes tant publics que privés.

Ainsi, de même que toute personne pouvait être contrainte de venir déposer oralement devant le juge lorsqu'elle en était requise, nul ne pouvait se refuser à communiquer les documents dont il était détenteur et qui étaient de nature à éclairer le débat.

Cette règle était néanmoins subordonnée au principe plus général qui veut que personne ne puisse être tenu de produire des titres qui lui sont défavorables; aussi pouvait-on se retrancher derrière lui, pourvu que l'on prêtât serment que la crainte de quelque préjudice est le seul motif du refus de produire le titre (2).

(1) « Ipse despice, quemadmodum pecuniam quam te deposuisses dicis, deberi tibi probes. Nam quod desideras ut rationes suas adversaria tua exhibeat, id ex causa ad iudicis officium pertinere solet. » — L. 1, C., *De edendo*.

(2) « Se non quia pecuniam acceperit, vel quid aliud non profe-

A un autre point de vue, le tiers détenteur de l'écrit était naturellement dispensé de le produire lorsqu'il l'avait perdu; et, dans ce cas, il lui suffisait, pour être en règle, d'affirmer par serment la perte de l'acte.

Enfin, le même serment servait à se soustraire à l'obligation de produire une seconde fois un titre que l'on possède; peu importait, du reste, que ce titre fût ou non réellement perdu. On ne pouvait, on le comprend, exiger que des tiers fussent, à chaque instant dérangés de leurs occupations, par suite de la légèreté ou de l'indiscrétion des plaideurs (1).

Mais en dehors des restrictions que nous venons de signaler, le principe qui consacre l'obligation de communiquer les pièces dont on est détenteur subsiste dans toute sa force; et une amende et des dommages-intérêts envers la partie requérante, sont la punition de celui qui a cherché à s'y soustraire, soit en se cachant, soit en refusant de prêter serment qu'il a perdu le titre.

Les diverses dérogations à la règle que nous avons signalées plus haut ne s'appliquaient pas aux banquiers; ceux-ci étaient toujours tenus de produire leurs registres, et Gaius justifie cette exigence par le caractère quasi officiel de cette classe d'individus (2).

rendæ chartæ causa, vel quod muneris promissionem habeat, nec metu illius contra quem instrumentum requiratur, nec ejusdem amore, chartæ exhibitionem recusare, sed quia magnum ex eo circa facultates suas detrimentum capiet. » — L. 22, C., *De fide instrument.*

(1) Nous avons vu que cette dernière disposition était également applicable aux *argentarii*, envers lesquels la loi romaine se montre en général plus exigeante que pour les simples particuliers.

(2) « Neque alios ullos adsimiles; quia officium eorum atque

Nous avons déjà examiné, dans le chapitre premier (§ IV des *Argentariorum codices*), les recours accordés aux parties tant contre les banquiers récalcitrants que contre leurs héritiers. Nous n'y reviendrons donc pas.

Nous nous bornerons seulement à signaler une disposition de faveur admise à l'égard des *argentarii* : leurs livres ne devaient jamais être déplacés; il en résultait qu'à l'inverse des titres des particuliers, qui devaient être portés devant le juge, on ne pouvait consulter les tablettes des banquiers qu'au lieu où leur propriétaire exerçait (1).

Il en résultait que, dans les cas où l'éloignement de la banque empêchait qu'on ne pût aller consulter les registres, la partie intéressée était obligée de demander au banquier une copie de la portion de son registre la concernant. Le juge pouvait aussi charger, en vertu d'une sorte de commission rogatoire, son collègue du lieu où habitait le banquier, de consulter ses registres et de lui envoyer un rapport.

Ce dernier moyen était d'ailleurs employé quand la production de titres quelconques était difficile à cause de la distance, ou les exposait à être perdus (2).

ministerium publicam habet causam. » — GAIUS, L. 10, D., *De edendo*.

(1) « Quod si in alio loco argentariam exercet, alibi autem ad editionem compelletur, minime hoc facere cogitur; nisi descriptum velis, ubi de ea re agitur, eum tibi dare, tuis videlicet sumptibus. » — L. 4, § 5, D., *De edendo*.

(2) L. 18, C., *De fide instrument*.

SECTION II

De la perte des titres

Il pouvait se faire qu'un titre ne fût pas représenté parce qu'il était perdu.

Celui qui invoquait le droit constaté par ce titre n'était pas désarmé pour autant; en effet, la loi romaine n'a jamais considéré l'écrit que comme un simple moyen de preuve (1); lors donc qu'il reste au plaideur d'autres voies pour démontrer la justesse de sa demande, la perte du titre ne peut entraîner pour lui aucune conséquence fatale (2).

La loi 4, au Code, *De Fide Instrumentorum* nous fournit un exemple frappant de ce que nous venons de dire, en décidant que, lorsque quelqu'un a perdu les quittances du fisc, ce créancier avide et impitoyable, il ne sera pas contraint de payer une seconde fois, s'il peut prouver, par un moyen quelconque, et même, par exemple, par les registres du fisc où les versements sont notés, qu'il a acquitté ses impôts (3).

(1) Ce que nous disons ici ne s'applique naturellement pas au contrat *litteris* dans lequel, ainsi que nous l'avons vu, l'écriture était non seulement un mode de preuve, mais en outre la cause même de l'obligation; mais lorsque l'usage du *Codex* eût disparu à Rome, la proposition que nous venons de formuler peut être considérée comme rigoureusement exacte.

(2) « Cum instrumentis etiam non intervenientibus venditio facta rata maneat; consequenter amissis etiam quæ intercesse-
rant, non tolli substantiam veritatis placuit. — L. 10, C., *De fide instrument.*

(3) « Inspectio rationum fiscalium fidem demonstrabit. » — L. 4, C., *De fide instrum.*

Le titre est si peu nécessaire à la validité d'une demande, et par suite, à son triomphe, que l'on peut prouver sans écrit les prétentions les plus graves et les plus intéressantes; et, par exemple, les questions d'état (1).

Mais remarquons le bien : dans tous les cas où la rédaction d'un écrit est nécessaire, pour suppléer à la perte du titre, on est obligé, avant de prouver la convention elle-même, de prouver la perte de l'acte qui la constatait. « Il y a donc dans ce cas, dit Cujas, qui fait observer cette distinction, une double preuve à faire : celle de la perte du titre, et celle de la teneur de ce titre (2). »

Dans tous les cas, c'est à celui qui a perdu son titre à faire la preuve de l'accident; c'est là une règle de sens commun qui a trouvé sa sanction dans la loi 5, au Code, *de Fide Instrum.* « Sicut iniquum est vi ignis consumptis debitores quantitatum debitarum renuere solutionem, ita non statim casum conquirentibus facile credendum est ».

Disons toutefois pour terminer, qu'à mesure que la preuve littérale prit de l'importance et se répandit davantage, il se manifesta chez le législateur, une tendance à ne plus admettre facilement une autre preuve pour remplacer celle résultant des actes écrits; la perte de ceux-ci eut donc des conséquences d'autant plus graves, que l'habitude d'en dresser en rendit l'absence difficile à présumer, et fit naître, à l'égard de ceux qui déclaraient les titres perdus, une suspicion qui rendait difficile l'admission de tout autre mode de preuve.

(1) « Statum tuum, natali professione perdita, mutilatum non esse certum juris est. » — L. 6, C., *De fide instrum.*

(2) CUJAS, Sur le titre 21, C., *De fide instrum.* — L. 5.

DROIT FRANÇAIS

DE LA FORCE PROBANTE

DE L'ACTE NOTARIÉ

INTRODUCTION

NOTIONS HISTORIQUES

Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit, dans notre thèse romaine, du caractère des tabellions ; nous avons vu qu'ils ne furent jamais des fonctionnaires publics dans le sens que la loi du 25 ventôse attache à cette expression en parlant des notaires.

Nous nous contenterons de passer très rapidement en revue la naissance du notariat en France et les modifications qu'il subit à travers les siècles, en nous bornant à signaler seulement les changements les plus importants, ceux qui marquèrent une étape nouvelle dans son développement ; et en nous plaçant

uniquement au point de vue de la force probante des actes notariés aux différentes périodes de notre ancien droit.

Lorsque les Romains conquièrent la Gaule et la réduisirent en province, le tabellionat y pénétra à leur suite avec les autres institutions que les vainqueurs introduisirent chez les vaincus. Il y subsista sous la domination franke en conservant le même caractère; c'est-à-dire que les actes des tabellions continuèrent à n'être que des actes privés. Quant aux actes publics, ils consistaient soit en des écritures privées insinuées suivant la méthode romaine, soit en des actes dressés en présence du juge ou de l'évêque par des *notarii*.

Ces *notarii*, la Loi Gombette nous l'apprend dans son préambule, n'étaient autres que les greffiers des magistrats délégués par le roi pour rendre la justice. Bien qu'il n'y ait guère qu'une similitude de nom entre eux et les notaires de nos jours, c'est néanmoins leur institution qui fut le germe du notariat.

Plus tard, nous voyons Charlemagne (1) instituer auprès de lui, pour l'expédition des actes de la chancellerie, des notaires, ordonner à ses commissaires royaux (*missi dominici*) d'en établir auprès d'eux, et exiger que les évêques, les comtes et les abbés qui avaient droit de juridiction, eussent aussi chacun son notaire.

Ces fonctionnaires, on le voit, n'étaient toujours que des greffiers; mais il se produisit ce qui se passait déjà en droit romain pour les *scribæ*: leur habileté à écrire et leur connaissance pratique du droit faisaient

(1) *Capitulaires*, III, *cap.* 3, art. 803.

qu'on s'adressait volontiers à eux pour le règlement des affaires particulières et la rédaction des conventions.

On sait comment la mort de Charlemagne effondra l'édifice social que ce vaste génie avait entrepris d'élever au milieu d'une civilisation barbare. Sans doute, l'institution des notaires sombra-t-elle au milieu des désordres qui eurent lieu sous les successeurs de Charlemagne; toujours est-il qu'on se trouve privé de documents sur leur compte jusqu'au XIII^e siècle.

A partir de cette époque, l'institution subit des transformations sensibles; mais comme elles furent d'une nature différente dans le nord et dans le midi de la France, il est préférable de les étudier séparément pour chacune de ces parties de notre pays.

Le plus ancien document que nous trouvions relativement au notariat dans le midi de la France, consiste dans les statuts des communes de la ville d'Arles et remonte à 1245 environ. Cette ville avait cinq notaires attachés à la *Curie* qui constituait la justice municipale: ils étaient, comme greffiers, tenus de rédiger les jugements; mais, et c'est là que nous voyons poindre le véritable caractère du notaire actuel, ils étaient de plus chargés de dresser les actes constatant les conventions entre particuliers. L'article 65 nous apprend qu'ils devaient conserver les notes qui leur avaient servi à la rédaction des actes, et en délivrer seulement des expéditions. Du reste, ces actes étaient qualifiés actes publics; les notaires d'Arles donnaient donc l'authenticité aux actes.

Les autres villes de la Provence suivirent bientôt l'exemple de la ville d'Arles; et nous trouvons le no-

tariat à peu près organisé dans ce pays aux XIII^e, XIV^e et XV^e siècles.

Il en fut de même dans le Languedoc : la ville de Montpellier avait, dès le commencement du XIII^e siècle, des notaires qui remplissaient les mêmes fonctions et avaient le même caractère que ceux d'Arles ; à Carcassonne, le notariat était d'autant plus florissant que les coutumes de cette ville exigeaient un écrit pour tous les contrats ; enfin les *Coustumes de Tholose* de 1283 consacrent aux notaires tout le titre *De Fide instrumentorum*, dont les trois articles portent que les actes publics sont rédigés par des notaires ; qu'à la différence des actes sous-seing privé, ils sont valables en justice, bien que la cause de l'obligation n'y soit pas mentionnée ; et enfin, que les copies des actes notariés font pleine foi, ainsi que les copies de copies certifiées par les notaires.

Dans les pays du Nord, les Statuts des communes sont muets sur les notaires jusqu'à la fin du XIII^e siècle ; mais ce n'est pas à dire qu'il n'existât pas dans cette partie de la France d'institution similaire : les fonctionnaires qui tenaient lieu de notaires étaient les baillis. Beaumanoir (1) nous apprend qu'on pouvait s'adresser à eux pour la rédaction de toute espèce d'actes, et que leurs *lettres* faisaient pleine foi en justice, à moins qu'il n'y eût des ratures ou des surcharges, que le scel en fût brisé ou qu'on prouvât par le gage de bataille qu'elles avaient été *mauvaisement et fausement impétrées*. Il n'y avait donc que le combat judiciaire qui pût, en l'absence d'indices matériels

(1) *Cout. de Beauvoisis*, ch. xxxv, § 29 et § 9.

de falsification, servir de mode de preuve contre cette sorte d'actes.

Le *Coûtumier d'Artois*, rédigé au commencement du XIV^e siècle, comprend parmi les actes publics, les seuls qui fussent admis devant les juridictions laïques, les actes reçus par un notaire ou tabellion; ils faisaient pleine foi en justice, mais n'avaient point force exécutoire.

La ville de Metz posséda, de son côté, dès le XII^e siècle, des magistrats qui, d'abord chargés de la garde des actes déposés dans les coffres publics, finirent, sous le nom d'*amans*, par remplir les fonctions de notaires; et dont les actes non seulement faisaient pleine foi, mais encore emportaient hypothèque (1).

Petit à petit, les seigneurs justiciers du Nord suivirent l'exemple de ceux du Midi; et chacun eut bientôt son notaire; mais ceux-ci conservèrent d'une façon bien marquée leur qualité de greffiers; ils n'étaient pour ainsi dire que les porte-voix du juge; aussi le notariat n'était guère qu'une des attributions du droit de rendre justice, et n'avait pas le caractère d'indépendance qui, dans le Midi, constituait un de ses principaux avantages.

Louis IX fut le premier qui, en 1270, créa, pour la Prévôté de Paris, soixante notaires spécialement chargés de recevoir les actes de la juridiction volontaire; et de leur donner la force et le caractère des actes émanant de l'autorité publique.

Par une ordonnance du mois de mars 1302, Philippe le Bel établit, dans toute l'étendue de ses do-

(1) *Coût. de Metz*, de 1613, tit. IV, art. 1.

maines, des notaires à l'instar de ceux de Paris ; et cet exemple fut peu à peu suivi par ses barons.

Une autre ordonnance du même roi, rendue en juillet 1304 contient le règlement organique du notariat ; il n'entre pas dans notre plan d'étude de la commenter ; bornons nous à constater que, dans son article 22, elle décide que les actes des notaires royaux font preuve complète pour tout le royaume et que ceux des autres ne font foi que là où s'étend la juridiction de celui qui les a nommés.

Ce n'est que l'ordonnance de 1542 rendue par François I^{er} qui décida que désormais les juges ne pourraient plus recevoir de contrats, et que les notaires auraient seuls ce droit. La même ordonnance établit des gardes-scelleurs pour apposer le sceau de la juridiction sur tous les jugements et contrats.

Ce dernier office subsista jusqu'à un édit du mois d'août 1706 qui ordonna que les notaires eussent chacun un sceau aux armes du roi, et qu'ils l'apposassent eux-mêmes sur les actes.

Dès lors le notariat était à peu près organisé comme il l'est de nos jours, sauf la division en notaires royaux, seigneuriaux et apostoliques qui subsista jusqu'à la loi du 29 septembre — 6 octobre 1791 qui fit disparaître les qualifications anciennes, et les remplaça par celle de notaires publics.

Si maintenant nous voulons savoir quelle était, dans notre ancien droit, la force probante des actes notariés, il nous suffit de nous rappeler ce que nous venons de dire, pour constater qu'ils faisaient preuve complète en justice à partir des XIII^e XIV^e et XV^e siècle, selon qu'il s'agit des pays du Midi ou de ceux du Nord.

Il ne faudrait néanmoins pas croire qu'on ne pût attaquer leur sincérité. Il pouvait arriver, en effet, que l'acte relatât des conventions qui n'étaient pas réellement intervenues, que l'une des parties eût été trompée, or, il eut été injuste de la laisser victime du dol et de l'erreur. Aussi, et sauf les réserves que nous avons indiquées plus haut relativement à la coutume de Beauvoisis, permettait-on de démontrer la fausseté de l'écrit par toute espèce de preuves. Cette faculté fut même poussée à l'excès : « Un seul témoin qui nie, dit le *Guidon des Praticiens*, fait vaciller la foi d'un acte ; s'ils sont deux, l'acte tombe ». — On revint bientôt de cette funeste tendance ; et dès le XVI^e siècle, la preuve testimoniale n'était plus admise contre le contenu d'un acte public ; (1) l'inscription de faux pouvait seule le faire tomber. On donnait ainsi à l'acte notarié une grande force qu'il a conservée jusqu'à nos jours.

Nous aurions maintenant à nous demander, en supposant l'acte notarié sincère, contre qui et de quoi il

(1) C'est l'ordonnance de Moulins, de février 1566, qui consacra cette grande innovation ; son art. 54 est ainsi conçu : « Pour obvier à multiplication de faits que l'on a vus ci-devant être mis en jugement, sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvénients et incitations de procès, avons ordonné et ordonnons que dorénavant de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, pour une fois payer, seront passés contrats par devant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera reçue toute preuve èsdictes matières, sans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu au contrat, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit et convenu avant iceluy, lors et depuis. En quoi n'entendons exclure les preuves des conventions particulières et autres qui seraient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées. »

faisait foi ; mais cette double question dont la réponse se trouve dans Dumoulin, sera étudiée par nous dans le chapitre suivant, parce qu'elle s'élève aussi en droit moderne et que les principes posés par Dumoulin servent encore aujourd'hui à la résoudre.

Constatons seulement d'ores et déjà qu'en ce qui concerne les énonciations, on observait autrefois la maxime *In antiquis enuntiativa probant* ; maxime qui consacrait une exception aux principes et que notre Code n'a pas reproduite.

Nous y reviendrons d'ailleurs dans le chapitre consacré aux énonciations.

DROIT MODERNE

CHAPITRE PREMIER

Considérations générales sur la force probante de l'Acte notarié

La matière qui fait l'objet de notre thèse, bien qu'elle paraisse au premier abord très simple, a cependant été généralement traitée d'une façon fort imparfaite par les auteurs qui s'en sont occupés, et l'on peut même dire que très peu ont su, parmi eux, éviter des erreurs que nous retrouvons déjà dans des ouvrages de jurisconsultes antérieurs au Code civil, et auxquelles les rédacteurs du Code eux-mêmes n'ont pas échappé, du moins en apparence.

Avant d'aborder le commentaire des art. 1319 et suivants, que le Code civil consacre à la force probante du titre authentique, il convient de justifier les avantages

que la loi moderne, suivant en cela la doctrine antérieure, accorde à ce mode de preuve.

Pothier, au n° 734 de son *Traité des Obligations* s'exprime ainsi : « Un acte authentique original fait pleine foi par lui-même de ce qui est contenu dans cet acte... La signature de l'officier public qui a reçu l'acte, donne une pleine foi à tout ce que l'acte renferme, et aux signatures des parties qui l'on souscrit, qu'il n'est pas nécessaire, par conséquent, de faire reconnaître. »

Plus loin, au n° 742, opposant les actes authentiques aux écritures privées, Pothier dit encore : « Il y a cette différence entre ces actes (les actes sous-seing privé) et les actes authentiques, que ceux-ci ne sont sujets à aucune reconnaissance, au lieu que le créancier ne peut, en vertu d'un acte sous-signature privée, obtenir aucune condamnation contre celui qui l'a souscrit, ses héritiers ou successeurs, qu'il n'ait préalablement conclu à la reconnaissance de l'acte, et fait statuer sur cette reconnaissance. »

Le Code civil, s'il ne se sert pas des mêmes expressions, consacre néanmoins le principe posé par Pothier : il résulte, en effet, de l'art. 1322 que, pour avoir la même foi que l'acte authentique entre ceux qui l'ont souscrit, ou leurs ayants-cause, l'acte sous-seing privé a besoin d'être reconnu ou vérifié.

Ainsi donc, tandis que l'apparence, dans l'acte authentique, suffit pour en faire présumer l'authenticité, les actes privés ont besoin d'être vérifiés en justice.

« Que l'on compare, dit M. Demolombe (1), l'art. 1319

(1) DEMOLOMBE, *Traité des Contrats*, t. VI, p. 242. n° 270

avec les art. 1322, 1323, 1324 du Code Napoléon et avec les art. 193 et suivants du Code de procédure. »

Quelle différence!

Etes-vous porteur d'un acte sous-signature privée ?

C'est à vous de le faire reconnaître ; et, s'il est méconnu, d'entreprendre, comme demandeur, la vérification d'écritures.

Toute autre est la situation de celui qui est porteur d'un acte revêtu de l'apparence de l'authenticité ; il n'a rien à prouver, lui ; « et c'est à la partie qui en conteste l'authenticité à fournir la preuve, au moyen de l'inscription de faux. »

Comment justifier cette différence importante ? On invoque ordinairement la diversité des modes de confection des deux catégories d'actes. Tandis, dit-on, que l'acte sous-seing privé est l'œuvre de simples particuliers, de personnes quelconques, qui n'ont entouré la manifestation de leur volonté d'aucune formalité, et qui n'offrent elles-mêmes aucune garantie spéciale, l'acte authentique est l'œuvre d'un fonctionnaire public, spécialement chargé par la loi de constater les conventions des parties, et dont le caractère officiel vient se joindre aux formalités exigées par la loi pour donner un cachet de sincérité tout spécial aux actes qu'il rédige.

Il suffit d'examiner d'un peu près cette réponse pour voir qu'elle est insuffisante : Dire, en effet, que l'acte authentique doit être dispensé de reconnaissance, parce qu'il est l'œuvre d'un notaire, c'est faire une pétition de principe ; en effet, la reconnaissance a précisément pour but de constater qu'un acte est bien ce qu'il paraît être : or, lorsqu'on me présente un acte qui a tou-

tes les apparences d'un acte notarié, rien ne m'assure *a priori*, qu'il n'est pas l'œuvre d'un faussaire, que la signature qu'il renterme est bien celle du notaire qui déclare dans l'acte avoir instrumenté, et que le sceau qui y est apposé n'est pas un sceau contrefait.

Tout cela, il faudrait logiquement le prouver pour permettre à l'acte de produire tous ses effets; et cependant, la loi dispense l'acte notarié de la nécessité d'une reconnaissance.

C'est que, malgré son apparence de logique, la solution contraire aurait conduit à l'absurde, et que, dans les choses humaines, il est non seulement naturel, mais même rationnel de tenir compte des probabilités.

Or, remarquons-le bien : les précautions nombreuses dont la loi entoure la confection des actes authentiques, donnent un haut degré de garantie de la sincérité de ces sortes d'actes ; supposer qu'un acte authentique en apparence, ne l'est pas en réalité, c'est supposer un faux ; or, le faux est une rare exception ; c'est un crime, et le crime, comme le dit justement Pothier, ne se présume pas (1).

Ajoutons que la signature de l'officier est présumée plus connue des tribunaux, et, partant, plus difficile à contrefaire ; un grand nombre d'actes authentiques sont assujettis à des formalités qui rendent leur fabrication plus difficile pour les faussaires ; quelques-uns exigent la signature de témoins ou d'un second officier public ; enfin, les peines du faux en écriture publique sont plus graves que celles du faux en écriture privée,

(1) ПОТН., *Traité des obl.*, n° 734, § 6.

et la loi a dû penser que l'audace des faussaires serait en raison inverse de la gravité de la peine (1).

Il n'y a donc aucun inconvénient à admettre qu'en matière d'acte authentique, l'apparence est la réalité. D'ailleurs, la solution contraire aboutirait à des résultats désastreux : s'il fallait, pour chaque acte notarié, vérifier l'authenticité de l'acte, il n'y aurait plus de différence entre cette sorte d'actes et l'acte sous-seing privé, puisque celui-ci, une fois reconnu, a la même force que l'acte authentique ; personne ne voudrait plus recourir aux notaires, et les avantages précieux qui résultent pour les parties de la présence d'un officier public à la confection du contrat, seraient totalement perdus.

La loi qui veut que les parties constatent leurs conventions par acte authentique doit donc les dispenser des formalités coûteuses et gênantes de la reconnaissance et de la vérification (2).

Ainsi l'acte notarié est tenu pour vrai *a priori* et indépendamment de toute vérification ou reconnaissance. Cette règle se traduit, en pratique, par une conséquence fort importante : c'est que l'on doit faire exécuter la convention constatée par l'acte indépendamment de toute contestation soulevée par l'une des parties.

C'est ce que l'on exprimait déjà dans l'ancien droit en disant que provision est due au titre (3), et ce que l'article 1319, 2^e déclare implicitement en disposant que

(1) Cf. DEMANTE, Cours de C. civ., *Des oblig.*, n^o 282 bis.

(2) Voir dans ce sens : TOULLIER, t. IV, 2, p. 66, n^{os} 56 et 57. — MOURLON, t. II, p. 802, n^o 1523. — COLMET DE SANTERRE, t. V, p. 533, n^o 282 bis, II et III. — LAURENT, t. XIX, p. 129, n^o 130.

(3) POTH., *Obligat.*, 734-5^a.

la mise en accusation en cas de plainte en faux principal peut seule empêcher toujours l'exécution provisoire du contrat; et que la suspension est laissée à l'appréciation des tribunaux en cas d'inscription en faux incident.

Ainsi l'inscription de faux peut seule faire obstacle à l'exécution de l'acte notarié et encore cela n'arrive-t-il nécessairement que lorsque la chambre des mises en accusation a renvoyé devant les assises la personne accusée d'avoir falsifié l'acte.

Nous reviendrons plus tard en détail sur ce point, lorsque nous étudierons l'inscription de faux; il nous suffit, pour le moment de constater qu'il ne faut rien moins que cette procédure aussi grave que périlleuse pour porter atteinte à la règle que provision est due au titre.

Toutefois, avant d'aller plus loin, nous devons signaler un cas où, en dehors de toute plainte en faux, le juge devra nécessairement suspendre l'exécution du titre: c'est lorsqu'à un acte authentique présenté par une des parties, l'autre en oppose un autre également authentique, et contenant des dispositions contradictoires à celles du premier.

Il est clair qu'alors le juge ne pourrait ordonner l'exécution provisoire de l'un des actes sans porter par cela même atteinte à la foi due à l'autre; il faut donc nécessairement examiner avant toute décision les prétentions des parties; et, par conséquent, suspendre pendant ce temps l'exécution du titre du demandeur.

Cette digression terminée, nous devons nous demander de quoi l'acte authentique fait foi.

L'art. 1319, -1^o déclare que « l'acte authentique fait

foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayant cause. »

Quelque catégorique que semble ce langage nous verrons qu'il est loin d'être l'expression de la vérité, et que cet article est extrêmement mal rédigé.

Arrêtons-nous d'abord sur le mot de *convention* qui y est employé. Que faut-il entendre par la *convention renfermée dans l'acte*? Sera-ce tout ce que renferme l'acte, tout ce qui y est écrit, qu'elle qu'en soit la nature? Les termes généraux de l'article tendraient à le faire croire; et cependant, il suffit de réfléchir un instant pour voir qu'il n'en est rien.

Quelle est, en effet, la cause de la foi considérable accordée par le législateur à l'acte authentique? C'est le fait qu'il émane d'un notaire, c'est-à-dire d'un officier public qui présente des garanties toutes spéciales; dès lors, pour que l'acte notarié fit pleine foi de toute constatation quelconque, il faudrait que la compétence du notaire à qui il doit sa valeur fût illimitée.

Or, nous savons qu'il n'en est rien : l'art. 1^{er} de la loi du 25 ventôse, an XI, nous dit que *les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties donnent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique*. En parlant d'*actes* et de *contrats*, cette loi n'entend évidemment désigner que les actes *juridiques*; c'est donc dans le même sens qu'il faut comprendre le mot *convention* employé par l'art. 1319.

Ainsi donc, la première condition requise pour qu'une convention relatée dans un acte notarié fasse pleine foi, c'est que cette convention ait trait à un fait juri-

dique et qui, par sa nature, soit de la compétence du notaire. On ne pourrait donc pas invoquer l'art. 1319, si l'on se trouvait en présence d'un acte dressé par le notaire à la requête d'un particulier, pour constater, par exemple, que telle personne se trouvait, à la date de la confection de l'acte, en pleine possession de sa raison. Le notaire, en effet, n'est pas apte à juger de l'état mental d'un individu; et son opinion sur ce point, fût-elle consignée dans un acte authentique, ne saurait faire pleine foi. Ce point est hors de doute; il n'est du reste que la simple application d'un principe de bon sens, et, de tout temps, on en a décidé ainsi.

Toullier (1), nous en cite même une assez curieuse application qui s'est présentée au XVIII^e siècle: on refusa toujours d'accorder le caractère d'authenticité aux nombreux procès-verbaux qui furent alors dressés pour attester les prétendus miracles du diacre Pâris, bien qu'ils aient été souscrits par des personnes dont le nombre et la qualité présentaient une sérieuse garantie: c'est que le caractère extra-juridique des faits allégués enlevait toute compétence aux officiers publics, pour les constater dans leurs actes.

Nous avons ainsi déterminé d'une façon générale à quel genre d'actes pouvait s'appliquer la forme authentique. Supposons donc maintenant un acte notarié ayant toutes les apparences de l'authenticité et se référant à un fait juridique. Quelle va être la force probante de cet acte?

Ici encore, si nous prenions tel quel l'art. 1319, nous tomberions dans une grave erreur. Cet article nous

(1) TOULLIER, t. IV, 2, p. 142, n^o 145.

dit, en effet, que l'acte fait *pleine foi*, c'est-à-dire jusqu'à inscription de faux, de la convention qu'il renferme, *entre les parties contractantes, leurs héritiers et ayants-cause*.

Il semble résulter de là deux choses :

1° Que tout ce que renferme l'acte est prouvé jusqu'à inscription de faux ;

2° Que cet effet ne se produit qu'à l'égard des parties, de leurs héritiers et ayants-cause, et que, par conséquent, il n'existe pas pour les tiers.

Aucune de ces deux propositions n'est exacte ; reprenons-les l'une après l'autre :

Et d'abord, l'inscription de faux n'est nécessaire que pour combattre certains éléments de l'acte notarié.

De ce que nous avons dit plus haut, il résulte certainement que si l'acte renferme accidentellement une mention d'un fait non juridique, l'incapacité du notaire à constater de tels faits, dispense, d'ores et déjà, les contradicteurs de la mention qui y a trait, à recourir à l'inscription de faux. Nous avons des arrêts conformes à cette solution et se référant à des cas où le notaire avait, dans un acte, déclaré expressément que l'un des contractants se trouvait dans un intervalle lucide, ou bien que le testateur était sain d'esprit (1). Dans le même sens, des cours ont autorisé les parties intéressées à prouver que l'un des contractants était dans l'impossibilité de consentir soit par suite d'une maladie, soit par suite d'ivresse (2).

(1) Pau, 18 décembre 1807. — DALLOZ, *Obligat.*, n° 3093.

(2) Bordeaux, 12 août 1828 : DALLOZ, *Obligat.* n° 3093; Lyon,

Ce n'est pas tout ; en dehors de ce cas, l'inscription de faux n'est pas toujours nécessaire.

En effet, ce qui donne à l'acte notarié son caractère spécial de garantie, c'est la confiance qu'inspire à la loi le notaire qui l'a rédigé. Ce n'est donc qu'à l'égard des faits constatés et affirmés par cet officier, que l'acte peut faire foi. Pour tout le reste, il perdra sa force particulière, et pourra, comme un acte quelconque, être combattu par la preuve contraire.

Cette solution n'est pas nouvelle : Dumoulin qui, le premier, l'a soutenue avec quelques développements, a exposé d'une manière particulièrement lucide, les motifs qui l'ont fait admettre. Voici comment il s'exprime à cet égard :

« Quod ego intelligo et limito verum esse ad limites et substantiam facti, tempore instrumenti gesti, et in jus tenore contenti et affirmati. Secus quoad facta vel circumstantias quæ tunc non sunt nec disponuntur, sed tantum recitantur : ut si instrumentum contineat talem procuracionem patroni investivisse clientem de tali feudo antiquo. Si tale instrumentum sit publicum, probat quoad omnes factum investituræ, et quod investor dicebat se procuratorem, et quod uterque dicebat feudum esse antiquum, sed non probat qualitatem procuratoris et antiquitatis feudi, nisi inter quos confectum est instrumentum, et hoc etiam non esset probare nudum factum sed effectum (1) ».

Rien, du reste, n'est plus juste : le notaire ne peut

9 février 1837, et Colmar, 27 août 1819 : DALLOZ, *Oblig*, n^{os} 3096 et 348-1^o.

(1) DUMOULIN, *Cout. de Paris*, t. I, n^{os} 8 et 10.

porter dans l'acte que ce que les parties ont dit ou fait devant lui, et que ce qu'elles lui ont déclaré. Or, s'il est certain que l'on ne peut, sans accuser de faux le notaire, prétendre que les parties n'ont pas dit ou fait ce qu'il constate dans l'acte avoir vu ou entendu par lui-même, il est tout aussi palpable que ce n'est pas mettre en doute la sincérité du notaire, que de soutenir que les contractants lui ont fait des déclarations mensongères ou erronées.

Comme le dit fort bien M. Laurent (1); « Lorsque je prétends que les déclarations reçues par le notaire ne sont pas sincères, est-ce que j'entends que l'acte est faux ou falsifié ? Du tout, je reconnais, au contraire, implicitement, que le notaire a mentionné la déclaration telle que les parties l'ont faite ; dès lors, il n'y a pas lieu de s'inscrire en faux, car l'inscription en faux implique que l'acte est faux ou falsifié. »

On le voit ; la règle est bien simple : l'inscription de faux n'est nécessaire que pour combattre les mentions insérées dans l'acte, et dans lesquelles l'officier ministériel déclare ce qui a été vu ou entendu par lui. Si donc l'acte fait pleine foi des déclarations des parties quant au fait matériel de ces déclarations, il n'en est pas de même de leur valeur intrinsèque ; et leur sincérité peut toujours être contestée et combattue par la preuve contraire.

Que faut-il entendre par cette expression : *preuve contraire* ? Sur ce point, aucun doute n'est permis, et l'on a toujours admis en jurisprudence comme en doctrine que, pour tous les faits dont la contestation n'est

(1) *Principes de droit civil, Obligat.*, t. 19, n° 133.

pas soumise à la nécessité de l'inscription de faux, tous les modes légaux de preuve sont à la disposition des contradicteurs : ceux-ci pourront donc avoir recours à la preuve littérale, à la preuve testimoniale, s'il y a lieu, et, en tout cas, à l'aveu et au serment.

Nous avons ainsi constaté la première inexactitude de rédaction de l'art. 1319 ; il en renferme une autre non moins grave, et qu'il importe dès à présent de signaler. Elle a trait non plus, comme la précédente, aux choses dont l'acte notarié fait pleine foi, mais aux personnes à qui cette pleine foi est opposable.

Des derniers mots de l'art. 1319, il semble résulter, par *a contrario*, que l'acte notarié ne fait pas pleine foi à l'égard des tiers, et qu'il n'a de valeur spéciale qu'entre les parties, leurs héritiers ou ayants-cause.

Il n'en est rien, et le motif seul que nous avons donné de la force probante accordée à l'acte notarié suffit pour démontrer que cet acte ne saurait présenter, suivant les personnes à qui on l'oppose, des degrés différents de confiance.

Du moment où nous avons reconnu que c'est le caractère officiel du notaire qui imprime à l'acte son cachet d'authenticité, il faut bien admettre que, ce caractère étant le même *erga omnes*, il doit en être ainsi de la force probante de l'acte. La raison se refuse à concevoir un acte qui soit authentique à l'égard des uns et non à l'égard des autres. Personne, du reste, n'a jamais admis une solution aussi absurde.

Il faut donc, puisqu'on se trouve en présence d'un texte qui semble dire manifestement le contraire, chercher à s'expliquer d'où provient cette erreur ou,

pour parler plus exactement, cette incorrection de langage.

Si nous consultons les anciens auteurs, nous pourrions nous convaincre qu'elle est le résultat d'une confusion qui n'est pas récente, entre la preuve que les actes font contre les tiers ou en leur faveur, d'une part, et l'effet des obligations de l'autre.

Cette confusion est si facile à faire que l'on peut dire que seul, de ceux qui l'ont précédé ou suivi, Dumoulin a su s'y soustraire; et que les rédacteurs du Code eux-mêmes n'ont pas évité une inexactitude de rédaction dont Pothier, d'ordinaire si clair et si précis, leur avait donné l'exemple.

Reprenons l'historique de la question, et nous verrons combien notre assertion est aisée à justifier.

D'après Dumoulin, l'acte authentique prouve jusqu'à inscription de faux, tant à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties, que la convention qu'il renferme est intervenue, ou que les faits qu'il rapporte se sont effectivement passés.

Écoutons-le plutôt, et nous verrons avec quelle lucidité il pose les principes qui régissent la matière : « Quoad veritatem seu probationem plenam fidem facit quoad omnes, nedum inter patronum et clientem, vel eorum heredes, vel causam habentes, sed etiam contra quoscumque extraneos ; quoniam acta vel quæcumque scripta publica probant seipsa, id est rei taliter gestæ fidem faciunt inter quoscumque » (1).

C'est qu'en effet, le caractère de l'officier public est le même à l'égard de tous, et que son témoignage

(1) DUMOULIN, *Cout. de Paris*, tit. 1, nos 8 et 10.

donne aux choses qu'il atteste une consécration en quelque sorte officielle.

Il paraît néanmoins, qu'avant Dumoulin, la confusion qu'on reproche à l'art. 1319 avait déjà été faite par des jurisconsultes, car il les condamne dans les termes suivants :

« Et ita sunt exponenda dicta doctorum ubicumque, perfunctorie et crasse (ut plerumque solent) loquendo, dicunt instrumentum publicum inter extraneos non probare; quia ibi verbum probare per catachresin, sive improprie pro jus efficere, sive præjudicare accipitur; cæterum vere et proprie loquendo, publicum instrumentum erga omnes est æque publicum et probans. »

Voilà donc le principe nettement posé : l'acte authentique fait autorité *erga omnes*, et sa force probante est la même vis-à-vis des tiers que vis-à-vis des parties contractantes. Examinons maintenant comment Pothier a traité la matière.

Loin de distinguer nettement, comme l'a fait Dumoulin, entre la foi due à l'acte authentique et ses effets, il traite en deux endroits différents de la foi des actes authentiques envers les parties, et de leur foi envers les tiers.

Dans le § 2, intitulé : *Comment les actes authentiques font-ils foi entre les parties* (1), il déclare, sous le n° 734, que l'acte authentique original fait pleine foi par lui-même de ce qui est contenu dans cet acte.

D'autre part, examinant dans le § 4 du même cha-

(1) POTH., *Traité des obligat.*, IV^e p., ch.^{re} 1, art. 1, § 2, n° 734.

pitre (n° 738), *de quelles choses les actes font foi contre les tiers*, il dit que l'acte prouve contre un tiers *rem ipsam*, c'est-à-dire que la convention qu'il renferme est intervenue ; puis il ajoute un peu plus loin : « Mais l'acte ne fait pas foi contre un tiers qui n'a pas été partie à l'acte, de ce qui y est énoncé. »

Ces deux propositions sont évidemment contradictoires ; et, comme on ne saurait admettre chez un jurisconsulte aussi distingué que Pothier de pareilles étourderies, il faut bien supposer que le n° 734 a trait à la force probante de l'acte authentique, tandis que le n° 738 se réfère à l'effet produit par cet acte. Seulement, Pothier a commis ici précisément la même erreur de langage que Dumoulin reproche si justement aux docteurs, et il attribue à l'expression *faire foi* le même sens que ceux-ci accordaient au mot *probare*.

Ainsi, loin d'être en désaccord avec Dumoulin, c'est bien, au fond, sa théorie que reproduit Pothier ; mais l'inexactitude des expressions dont il se sert fait naître dans l'esprit de ceux qui le lisent, une confusion qui n'était pas dans sa pensée.

Il est vrai que l'on a donné une autre explication de ce passage de Pothier :

« Dans le premier alinéa du n° 738, a-t-on dit, Pothier entend, par *rem ipsam*, le fait matériel attesté par le notaire *de visu et auditu*. Or, la qualité d'officier public suffit à donner à ce fait une pleine foi, même à l'égard des tiers ; quant aux énonciations renfermées dans l'acte, elles ne sont plus des affirmations du notaire, et ne sauraient, en conséquence, avoir la même valeur. Les deux dispositions du n° 738, ont donc trait toutes

deux à la force probante; et, loin de se contredire, elles ne sont que la conséquence l'une de l'autre. »

Ce raisonnement est trop spécieux pour être exact, et l'on ne saurait admettre que Pothier ait employé l'expression *rem ipsam* avec le sens qu'on lui prête. Ce qu'il a voulu dire a une portée beaucoup plus générale : c'est que l'acte authentique ne prouve jusqu'à inscription de faux que ce que son rédacteur rapporte *ex propriis sensibus* ; et c'est là ce que nous avons déjà établi.

Ce qui est certain, c'est que, malgré les obscurités de langage qui existaient chez nos anciens auteurs, on avait toujours, dans la pratique, parfaitement distingué entre les règles qui régissent la foi due aux actes authentiques, et leurs effets vis-à-vis des tiers ; et que, si à ce dernier point de vue, on observait avec raison la règle fondamentale : *Res inter alios acta*, on n'avait jamais songé à établir, quant à la force probante de l'acte envers les parties et envers les tiers, des distinctions que la logique ne saurait justifier.

Le Code a-t-il entendu rompre avec la tradition, et poser en cette matière, des principes différents de ceux de Dumoulin ?

Rien ne nous autorise à le croire : une innovation en pareil cas serait impossible à comprendre, et l'analogie d'expressions qui existe entre les passages précités de Pothier et l'art. 1319, nous indiquent assez que ses rédacteurs n'ont pas su se montrer ici plus clairs dans leur langage que leur guide habituel.

Nous pouvons même ajouter que les travaux préparatoires démontrent de la façon la plus formelle que si le style employé par la loi est vicieux, la pensée de

ceux qui l'on faite était fort juste. Nous n'en voulons pour preuve que le rapport de Jaubert au Tribunal, rapport dans lequel les principes sont exposés avec la plus grande netteté.

Nous en extrayons, pour le citer ici, le passage le plus saillant : « Nous avons déjà vu, dit Jaubert, que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, et ne nuisent point aux tiers, ni le leur profitent. Mais il ne s'agit pas ici de l'effet des conventions, il ne s'agit que des *preuves*, et des preuves qui peuvent résulter d'un titre authentique. » La question est de savoir comment la règle « *l'acte authentique fait pleine foi* » doit être entendue à l'égard des tiers. Notre projet établit ou plutôt consacre une ancienne maxime que la foi publique a fait admettre; c'est que lorsqu'une convention a été établie par un titre authentique et que les parties contractantes n'y ont dérogé entre elles que par un acte sous-seing privé, l'effet de la contre-lettre se borne aux parties contractantes, sans avoir jamais aucune influence contre les tiers. *Ainsi les actes authentiques font pleine foi, non seulement entre les parties contractantes, mais encore pour les tiers. Peuvent-ils faire foi contre les tiers?* Il faut distinguer le matériel et le moral, de l'acte. *Quant au matériel, c'est-à-dire la date et les faits physiques attestés par l'officier public, les tiers ne peuvent contester la preuve qui résulte de l'authenticité de l'acte.* Dumoulin, qui a traité cette matière avec son érudition et sa sagacité ordinaires, avait réduit la théorie de cette partie du droit à ce principe que l'acte public prouve contre les tiers *rem ipsam*, termes précis, énergiques, qui nous ont conduits à la dis-

inction que nous adoptons entre le *matériel* et le *moral* de l'acte » (1).

On le voit : il n'est pas possible d'être plus clair ni plus affirmatif ; Jaubert nous dit de la façon la plus explicite que c'est la solution de Dumoulin que le projet entend reproduire ; et, nous le répétons, rien dans les travaux préparatoires et les discussions ultérieures ne peut faire supposer qu'on ait voulu abandonner le système consacré par la logique et la tradition.

C'est donc dans ce sens qu'il faut interpréter l'article 1319, malgré l'incorrection manifeste des termes qu'il emploie. Nous pouvons donc affirmer qu'aujourd'hui encore, comme autrefois, la force probante de l'acte authentique est la même à l'égard des tiers qu'envers les parties contractantes, leurs héritiers et ayant-cause.

Nous avons ainsi constaté d'une façon générale les principales règles qui déterminent la force probante des actes notariés. Il nous faut, maintenant que nous avons indiqué la grande division qui existe entre les mentions qui font foi jusqu'à inscription de faux, et celles qui peuvent être combattues par la preuve contraire, reprendre chacune de ces catégories pour l'étudier en détail ; nous consacrerons à chacune d'elles un chapitre spécial après quoi nous examinerons la force probante des énonciations, et enfin celle des copies d'actes notariés par laquelle nous terminerons notre étude.

(1) JAUBERT, 2^e rapport, n° 8. -- LOCRÉ, t. VI, p. 226.

CHAPITRE II

Des faits dont l'acte notarié fait foi jusqu'à inscription de faux, et de l'inscription de faux prise en elle-même.

Nous diviserons ce chapitre en deux articles, le premier sera consacré à l'étude des faits et mentions dont l'acte fait preuve jusqu'à inscription de faux ; le second, traitera des diverses circonstances qui peuvent se produire en cas d'inscription de faux, et de la procédure organisée par la loi pour l'inscription de faux, dans les art. 214 à 252 du Code de procédure civile.

Chacun de nos articles comprendra lui-même plusieurs paragraphes affectés à ces diverses matières.

ARTICLE PREMIER

Qu'est-ce que l'acte notarié prouve jusqu'à inscription de faux ?

L'examen que nous avons fait dans notre chapitre premier des motifs auxquels l'acte notarié doit sa force probante nous permettent de répondre facilement à la question que nous venons de poser : du moment où c'est le caractère officiel du notaire qui imprime à ses déclarations un cachet particulier de confiance, nous sommes obligés de restreindre cette confiance aux faits qu'il nous donne dans l'acte comme ayant

été accomplis par lui-même, ou comme ayant été constatés par lui *de visu aut auditu*.

Ce sont donc ces trois catégories de mentions que nous allons successivement passer en revue.

§ I

Des faits accomplis par le notaire

La loi du 25 Ventôse an XI impose à tout notaire qui rédige un acte, un certain nombre de formalités : c'est ainsi qu'il doit donner lecture de l'acte aux parties, puis mentionner cette lecture ainsi que la signature tant de lui-même que des parties. En outre, dans les testaments par acte public, le notaire doit mentionner l'accomplissement de toutes les formalités spéciales exigées par les art. 971 et 972 du Code civil, savoir : la présence du notaire en second et des témoins, le fait que le testament a été écrit de la main du notaire et sous la dictée du testateur, la lecture donnée à celui-ci en présence des témoins ; et enfin, le cas échéant, la déclaration du testateur qu'il ne sait ou ne peut signer, et le motif qui l'en empêche.

La loi obligeant le notaire à mentionner ces divers faits, il en résulte nécessairement qu'ils sont prouvés jusqu'à inscription de faux. Il s'agit, en effet, ici, de faits que le notaire déclare formellement avoir lui-même accomplis ; on ne saurait donc mettre en doute leur exactitude sans incriminer en même temps la sincérité du notaire ; et c'est précisément, comme nous l'avons vu, ce qui ne peut être fait que par la plainte en faux.

Cette nécessité de recourir à l'inscription de faux en pareille circonstance est si réelle que nous en trouvons un curieux exemple dans un arrêt de la cour de Limoges (1) qui décide qu'on ne peut à moins de s'inscrire en faux, attaquer un testament par le motif que des virgules auraient été ajoutées après coup dans la mention de lecture du testament.

A côté des divers faits accomplis par le notaire et dont la mention fait pleine foi, il en est encore un qui offre une importance particulière : c'est la date.

L'acte notarié fait foi de sa date; et c'est là un de ses plus précieux avantages. Cette solution ne saurait être contestée : la loi, en effet, donne à l'officier public mission de constater la date dans les actes qu'il rédige (L. 25, ventôse an XI, art. 12 et art. 34, C. civ.) (2) ; et l'officier public en a connaissance par son expérience personnelle.

L'acte authentique fait donc foi de sa date *erga omnes* et jusqu'à inscription de faux.

Si quelques doutes pouvaient subsister sur ce point, ils seraient levés, quant aux actes notariés par l'art. premier de la loi sur le notariat qui dispose que les notaires sont établis notamment pour assurer la date

(1) Limoges, 14 août 1810, et rejet, 12 juin 1811. — DALLOZ, *Obligat.* n° 2984-2°.

(2) L. 25 vent. an XI, art. 12: Tous les actes doivent énoncer les nom et lieu de résidence du notaire qui les reçoit, à peine de 100 fr. d'amende contre le notaire contrevenant. Ils doivent également énoncer les noms des témoins instrumentaires, leur demeure, le lieu, l'année et le jour où les actes sont passés, sous les peines prononcées par l'art. 68 ci-après, et même de faux si le cas échoit. — Art. 34, Cod. civ. : Les actes de l'état-civil énonceront l'année, le jour et l'heure où ils seront reçus.

des actes qu'ils reçoivent; et, quant aux actes authentiques, en général, par l'art. 1328 C. civ. qui donne date certaine aux actes sous-seing privé dont la substance est constatée dans un acte authentique (1).

§ II

Des faits que le notaire a constatés de visu

Le notaire, avons-nous dit, doit à son caractère officiel une présomption de sincérité qui a pour conséquence de prouver jusqu'à inscription de faux, tous les faits qu'il déclare, dans un acte authentique, s'être passés sous ses yeux.

Ce principe a besoin d'être bien compris à un double point de vue :

Et d'abord, lorsqu'un notaire affirme, dans un acte, qu'il a été témoin d'un fait quelconque, il faut que ce soit en qualité d'officier ministériel qu'il en ait été témoin. Expliquons-nous :

Supposons qu'un notaire, dans un acte de vente, déclare que l'acheteur a, en sa présence, remis au vendeur les espèces représentant le prix de vente; la mention de cette remise du prix sera tenue pour vraie jusqu'à inscription de faux; mais si nous nous plaçons dans le cas où, antérieurement à la passation de l'acte, le prix a été payé par l'acheteur au vendeur, devant le notaire qui se trouvait là par hasard, celui-ci, lors de la rédaction de l'acte aura beau déclarer qu'il a antérieurement assisté à la remise effective du

(1) Cf. : DEMOL., XXIX, 276; LAURENT, XIX, 135.

prix de vente, cette mention ne fera pas foi jusqu'à inscription de faux, et pourra être combattue par la preuve contraire.

Dans les deux cas, le notaire a bien acquis par ses propres sens la connaissance personnelle des faits qu'il mentionne dans l'acte ; mais, dans la première hypothèse il l'a acquise dans l'exercice même de ses fonctions, et au moment même de la passation de l'acte : *tempore instrumenti gesti*, comme dit Dumoulin ; il a donc le droit d'en rendre un témoignage public, et de donner à son acte le caractère d'authenticité.

Dans la seconde hypothèse, au contraire, il s'agit de faits qu'il a connus hors de l'exercice actuel de ses fonctions ; et alors même qu'ils se réfèrent à une convention, une disposition, ou tout autre acte qu'il a été requis plus tard de constater, il ne peut les énoncer et en témoigner authentiquement que sur la déclaration des parties contractantes ; sans que la mention qu'il en aura faite dans l'acte établisse jusqu'à inscription de faux l'existence et la sincérité du fait en lui-même (1).

Nous venons de voir un cas où la mention du notaire ne fait pas pleine foi à raison des circonstances dans lesquelles le notaire a été témoin du fait qu'il constate.

En voici un autre où, à l'inverse, la mention ne peut être combattue que par l'inscription de faux, bien qu'elle se réfère à un fait dont la constatation n'est pas, en général, de la compétence du notaire.

Celui-ci, avons-nous dit dans notre chapitre I^{er}, n'étant

(1) Cf. : TOULIER, t. VIII, n^{os} 145, 148 et suiv. ; LAROMBIÈRE, *Obligations*, t. IV, p. 244 et suiv.

apte à constater que les faits qu'il perçoit par la vue ou l'ouïe, on ne saurait accorder pleine foi à la mention contenue dans l'acte, que l'une des parties était saine d'esprit.

Il peut cependant se présenter une hypothèse où il n'en sera plus de même : Supposons un testament par acte public, dans lequel, conformément aux dispositions de l'art. 972 du Code civil le notaire déclare avoir écrit sous la dictée du testateur.

Si l'on veut attaquer le testament, en se basant sur ce fait que le testateur était dans un état d'insanité d'esprit tel qu'il pouvait à peine articuler des mots qui fussent entendus, il faudra, de toute nécessité recourir à l'inscription de faux.

Ainsi, bien que le notaire n'ait pas qualité pour apprécier l'état mental des parties, il sera impossible de se contenter, pour établir l'état d'imbécillité du testateur, d'administrer les moyens de preuve ordinaires. C'est qu'en réalité, les faits articulés pour établir la démence et l'insanité de la personne se trouvent être en contradiction avec ceux que le notaire a pu constater en les marquant du sceau de l'authenticité (1).

On le voit, le principe que l'acte authentique fait

(1) Dans ce sens : arrêt cass., 1^{er} décemb. 1851; *SIR.*, 52, I, 25. — Remarquons le bien : si l'inscription de faux est nécessaire, ce n'est pas que le notaire soit reconnu apte à constater l'état mental du testateur; seulement, il affirme dans l'acte que le disposant a parlé d'une façon intelligible; on ne peut donc soutenir que le testateur ne pouvait se faire comprendre, sans accuser implicitement le notaire d'avoir altéré la vérité. — Il n'y a donc pas, au fond, exception aux principes généraux sur les faits qui sont de la compétence de l'officier public.

foi jusqu'à inscription de faux de ce que le notaire déclare s'être passé sous ses yeux, doit être entendu sous cette double réserve :

1° Que c'est dans l'exercice de ses fonctions que le fait a été constaté par le notaire ;

2° Que ce fait est au nombre de ceux qui n'exigent pas, pour leur constatation, des connaissances spéciales que ne saurait avoir un officier ministériel.

C'est par application de cette seconde restriction qu'il a été jugé par la Cour de cassation, dans un arrêt de rejet du 30 janvier 1844, et plus récemment par un arrêt de la cour de Bordeaux du 29 décembre 1856 (1), que les déclarations d'un notaire relativement aux volontés exprimées par un sourd-muet dans un acte de donation entre vifs, peuvent être combattues par la preuve contraire.

Il importe de remarquer que, notamment, dans la seconde espèce, le notaire, pour s'assurer qu'il comprenait bien les intentions de la donatrice, avait eu recours à tous les moyens possibles, et particulièrement à l'assistance de plusieurs personnes au nombre desquelles se trouvait le maire de la commune, personnes qui, voyant habituellement la sourde-muette connaissaient sa manière d'être et sa façon d'agir.

« L'officier public constate, dit l'arrêt, que la donatrice lui avait montré sa maison, les bâtiments qui en dépendaient, les meubles qui la garnissaient ; qu'elle l'avait conduit sur chacune de ses pièces de terre, qu'elle avait clairement exprimé par des signes très caractéristiques qu'elle voulait donner le tout, et, fai-

(1) DALLOZ, 1857, II, 173.

sant le geste d'une personne qui écrit, l'avait engagé par une pantomime expressive à en dresser acte ; que ces faits lui avaient donné à lui, notaire, ainsi qu'aux assistants et témoins, la preuve évidente qu'elle entendait donner les biens aux défendeurs. »

Néanmoins, malgré ces précautions minutieuses, et les présomptions de sincérité qui résultaient tant de la qualité particulière des témoins et assistants que du caractère officiel du notairé, la Cour admit fort sagement les demandeurs à faire la preuve contraire ; elle fait avec raison remarquer que « dans les cas ordinaires où les parties parlent une langue dont tous les termes ont une signification fixe et parfaitement intelligible, l'acte doit faire foi jusqu'à inscription de faux ; mais il en est autrement lorsqu'une des parties ne peut s'exprimer qu'au moyen de signes qui n'ont point un sens déterminé et convenu ».

Dans ce cas, l'interprétation que leur donne le notaire n'est plus qu'une simple appréciation. Le notaire ne dit pas ce qu'il a *vu* et *entendu* par l'usage de ses sens, il dit ce qu'il a *compris* par un travail intellectuel. — De là suit que les déclarations qu'il constate ne font plus foi jusqu'à inscription de faux ; on peut donc les combattre par toute preuve contraire ; et, notamment par la preuve testimoniale.

Remarquons, en passant, que la discussion sur la valeur de ces déclarations n'aurait pas même pu s'élever si, au lieu d'une donation, il se fût agi d'un testament ; puisque l'impossibilité d'en faire la dictée rend le testament par acte public inaccessible aux sourds-muets.

A part les cas analogues à celui que nous venons d'indiquer, et qui, du reste, examiné au fond, n'a rien

de dérogame aux principes que nous avons posés sur la force probante de l'acte notarié, la règle ne subit pas d'exception. Nous allons maintenant, passant du domaine de la théorie à celui de la pratique, examiner rapidement quelques espèces qui achèveraient de bien préciser l'étendue de la foi à accorder aux mentions du notaire. Ces espèces, disons-le de suite, sont presque toutes tirées du savant ouvrage de M. Laurent sur le Code civil ; mais comme nous n'avons pu, malgré nos recherches, en trouver de plus typiques, il nous a paru bon de les reproduire ici, car leur omission aurait eu pour conséquence nécessaire de rendre notre thèse fort incomplète.

Première espèce. — Un acte de vente authentique porte simplement que le prix a été payé comptant. Qu'est-ce qui sera prouvé jusqu'à inscription de faux ? Ce que le notaire a constaté *proprieis sensibus*, savoir : que les parties ont déclaré, l'une vendre, l'autre acheter ; et qu'elles ont en outre, déclaré que le prix a été payé comptant.

Contester ces faits, c'est accuser le notaire de mensonge, c'est dire que l'acte est faux ; mais en sera-t-il de même, si l'on soutient que le paiement n'a pas été fait comptant ? Non, certes ; car le notaire n'atteste pas avoir *vu* payer le prix ; il mentionne simplement une déclaration des parties ; ce n'est donc plus sa sincérité que l'on met en doute, c'est celle des contractants ; or, ceux-ci étant de simples particuliers, la vérité de leurs assertions n'est établie que jusqu'à preuve contraire.

En application de ces principes, il a été jugé que, dans notre espèce, le vendeur est admis à prouver par des présomptions appuyées sur un commencement

de preuve par écrit que le paiement n'a pas eu lieu, et qu'il devait se faire au fur et à mesure des besoins (1).

Deuxième espèce. — Il résulte par *a contrario* de ce que nous venons de dire que si, dans un acte de vente, par exemple, le notaire déclare que le prix a été payé comptant en sa présence, et qu'il a assisté en personne à la remise des espèces; ce paiement devient alors un fait que l'officier public atteste pour l'avoir constaté *propriis sensibus*, et qui, par suite, ne peut être contesté qu'en ayant recours à l'inscription de faux.

Mais ici encore il faut bien distinguer entre le fait matériel du paiement et la sincérité de ce paiement : si l'on vient prétendre que le paiement a été simulé, on cesse d'attaquer les déclarations du notaire, et l'on n'a plus pour adversaires que les parties contractantes dont les déclarations ne sauraient faire pleine foi. On pourra donc toujours prouver la simulation par toutes voies de droit.

Nous avons un arrêt de la Cour de Bruxelles, rendu dans des circonstances analogues, et qui prouve combien la confusion est facile à commettre en ces matières. Il s'agissait d'un contrat de mariage dans lequel la future était dite avoir apporté en dot une somme de 100,000 fr. qu'elle avait remise en espèces, à la vue des notaires, au futur époux qui le reconnaissait et s'en chargeait. Ultérieurement, la femme fit prononcer la séparation de biens, et obtint un jugement condamnant le mari à lui restituer sa dot. Puis, elle poursuivit l'expropriation d'une maison acquise durant la communauté à laquelle elle venait de renoncer.

(1) Douai, 5 janvier 1846; DALLOZ, 1846, II, 202.

Dans l'ordre ouvert sur le prix, elle demanda à être colloquée, pour sa dot, de 100,000 fr.; cette demande fut combattue par les créanciers hypothécaires, tous postérieurs au mariage, et qui se fondèrent, pour soutenir leurs prétentions, sur ce que l'apport de la dot était simulé, et la séparation frauduleuse.

Qu'est-ce qui était contesté dans l'espèce? Était-ce le fait matériel de l'apport des 100,000 fr. en espèces par la femme? Non, certes : les créanciers hypothécaires n'entendaient pas un seul instant contredire la déclaration du notaire qui affirmait dans l'acte avoir assisté personnellement à la numération des espèces. Ce qu'ils soutenaient, c'est que cette numération n'était pas sérieuse ; c'est que les époux avaient, pour ainsi dire, joué la comédie devant l'officier ministériel ; en un mot, qu'il y avait eu simulation. Ils devaient donc, en conséquence des principes que nous avons posés, être admis à la preuve de la simulation par toute voie légale. Néanmoins, la Cour de Bruxelles décida que foi devait rester à l'acte, jusqu'à inscription de faux ; et cela, tout en avouant qu'il y avait des soupçons de dol et de fraude au sujet de la quittance portée au contrat de mariage. Cette décision est manifestement contraire aux principes, et ne peut s'expliquer en fait que par cette circonstance que les créanciers hypothécaires n'avaient articulé aucun fait précis à l'appui de leurs accusations (1).

Troisième espèce. — La Cour de cassation, dans un arrêt plus récent rendu après délibération en la chambre du conseil, a appliqué les véritables principes aux-

(1) Bruxelles, 26 juillet 1817; PASICRISIE, 1817, p. 473.

quels sa jurisprudence tend, du reste, à se rallier de plus en plus.

Il s'agissait d'une somme de douze mille francs dont un sieur Souville s'était, par acte notarié, reconnu débiteur envers un sieur Leinen. L'acte portait que, sur la somme totale, six mille francs avaient été payés antérieurement, hors de la vue du notaire et des témoins ; et que les six autres avaient été comptés et délivrés en présence desdits notaires et témoins.

Un créancier de Souville attaqua l'acte ; il prétendait qu'il n'était pas sérieux et que Souville n'avait eu d'autre but, en le faisant, que de se soustraire à ses justes réclamations. La Cour d'Alger l'autorisa à le prouver, par les moles ordinaires. Pourvoi en Cassation pour violation de l'art. 1319.

La Cour rejeta le pourvoi en se fondant sur ce que l'art. 1319 n'accorde pleine foi aux actes authentiques que relativement aux faits qui y sont énoncés par l'officier public comme s'étant passés en sa présence ; tandis que la sincérité même des déclarations faites par les parties peut toujours être combattue par la preuve contraire.

Dans l'espèce, on n'attaquait pas la sincérité du notaire ; on reconnaissait fort bien :

1° Que six mille francs avaient été comptés devant lui à Souville par Leinen ;

2° Que les parties avaient déclaré que six mille francs avaient déjà été versés antérieurement à l'acte.

Ce que l'on prétendait, c'est que le versement fait en présence du notaire était simulé ; et que le paiement antérieur n'avait jamais eu lieu ; ou, si l'on pré-

fère, que la déclaration des parties relative à ce paiement n'était pas sincère.

Or, la sincérité des déclarations des parties n'est pas une chose que le notaire a la mission de constater ; on pouvait donc parfaitement la contester, sans attaquer l'existence matérielle des faits constatés dans l'acte ; et sans, par conséquent, être obligé d'avoir recours à l'inscription de faux.

C'est ce que la Cour de cassation a justement décidé (1).

Quatrième espèce. — Il faut, avons-nous dit, recourir à l'inscription de faux, pour prouver contre les déclarations d'un acte authentique, dans lesquelles le notaire mentionne ce qu'il a vu. Mais, bien entendu, il ne doit plus en être de même, lorsqu'on allègue des faits antérieurs à l'acte et dont celui-ci ne fait pas mention ; encore que ces faits, une fois prouvés, soient de nature à faire échec à l'acte.

La Cour suprême, dans un arrêt de rejet du 12 juillet 1837 (2), a affirmé avec beaucoup de raison cette solution dans l'espèce suivante :

Un acte de vente authentique constatait la mise en possession de l'acheteur. Cette mise en possession était un fait matériel (3) parfaitement appréciable et que le notaire disait avoir constaté *propriis sensibus*. Elle devait donc faire pleine foi. Néanmoins, l'acheteur ayant été évincé et condamné à la restitution des fruits, la Cour ordonna que ces fruits seraient restitués

(1) Caen, 13 juillet 1874. — DALLOZ, 75, I, 106.

(2) DALLOZ, *Obligat.*, n° 4520.

(3) C. civ., art. 1605, 1606, 1607.

à partir d'une époque antérieure à l'acte, parce qu'il était prouvé qu'une vente sous-seing privé avait précédé l'autre et que l'acheteur avait été d'ores et déjà mis en possession.

Cet arrêt, quoiqu'il puisse en sembler au premier abord, se montre absolument respectueux des principes; certes, le fait matériel de la mise en possession constatée par le notaire faisait foi jusqu'à inscription de faux; mais ce fait n'était pas même contesté; ce que l'on soutenait, c'est qu'avant la vente par acte authentique, il y en avait eu une autre sous-seing privé; et qu'antérieurement à la mise en possession, nous pourrions dire officielle, constatée par le notaire, il y avait eu une mise en possession, nous ne dirons pas clandestine; mais qu'on avait, en tout cas, complètement passée sous silence, ainsi d'ailleurs que la première vente, lorsqu'on avait eu plus tard recours au notaire.

Ainsi donc, bien qu'on prouvât contre l'acte, on ne prouvait pas contre les faits matériels constatés par l'acte; il n'y avait donc aucun besoin de recourir à l'inscription de faux.

L'examen des différentes espèces que nous venons de passer en revue achèveront, nous l'espérons, de bien faire saisir la distinction au fond fort simple et fort rationnelle, qui existe, au point de vue de la preuve à administrer, entre les faits matériels constatés *de visu* par le notaire et mentionnés comme tels dans l'acte; et la sincérité intrinsèque de ces faits.

Cette distinction, nous pouvons, avant de passer au troisième paragraphe, la formuler dans les termes suivants :

Etant donné un fait que le notaire mentionne dans l'acte, comme ayant été constaté par lui *de visu*, il nous faudra recourir à l'inscription de faux si nous prétendons que le notaire ment ou qu'il a mal vu ; si nous soutenons, en un mot, que le fait ne s'est pas passé du tout ou ne s'est pas passé comme il est rapporté dans l'acte. Que si au contraire nous disons : les choses ont eu lieu comme vous le déclarez ; mais il y a eu, de la part des parties une fraude, une simulation ; ou bien : il s'est passé antérieurement, ou même postérieurement à l'acté des faits qui sont en opposition avec l'acte, nous serons toujours admissibles à faire par toute voie légale la preuve de cette fraude, de cette simulation ou de ces faits.

§ III

Des faits que le notaire a constatés de auditu

Les explications que nous avons données tant dans le chapitre premier, sur les principes généraux qui régissent la matière que dans le paragraphe précédent, sur les faits que le notaire rapporte pour les avoir personnellement sus, ont singulièrement simplifié notre tâche ; et nous pourrions établir rapidement les règles qui ont trait aux mentions qui nous occupent maintenant.

De même que l'acte fait pleine foi de ce qui s'est passé sous les yeux du notaire, de même, il prouve jusqu'à inscription de faux la matérialité des déclarations et aveux faits par les parties à l'officier ministériel.

Nous disons la matérialité des déclarations, car il est bien entendu que si le notaire, qui joue avant tout le rôle d'un témoin fidèle, ne saurait, en principe, être suspecté de mensonge, il ne peut être garant de la sincérité des parties, ni, par conséquent, de celle de leurs déclarations.

On le voit : c'est toujours l'application de la règle posée par Dumoulin, règle qui, une fois bien comprise, permet facilement de discerner ce qui, dans un acte notarié, ne peut être combattu que par l'inscription de faux.

Une première conséquence de cette règle, c'est qu'il n'est pas nécessaire de recourir à ce dernier moyen de preuve pour contester la réalité des titres et qualités que les contractants se sont donnés dans l'acte. Ainsi le contrat de mariage a eu lieu le même jour que le mariage. Dans le contrat, il est énoncé que les parties, *qualifiées de futurs* époux, ont, en vue du mariage proposé, ainsi réglé leurs conventions matrimoniales. Plus tard, on prétend que le contrat est nul, comme ayant été passé après la célébration du mariage. La preuve est admissible sans inscription de faux.

On ne saurait, en effet, objecter que la qualification de futurs époux, donnée dans l'acte aux contractants, fait obstacle à ce qu'on puisse administrer la preuve contraire, pour démontrer l'antériorité du mariage. Certes, il est prouvé, jusqu'à inscription de faux, que les contractants ont déclaré au notaire qu'ils étaient futurs époux ; mais le notaire n'avait ni mission, ni pouvoir de constater ce qu'il en était ; on ne conteste donc pas qu'il soit narrateur fidèle ; on le reconnaît même ; mais on soutient que les parties ont fait une

déclaration mensongère ; et partant, on n'a plus en face de soi que de simples particuliers, aux déclarations desquelles la loi n'a accordé aucune confiance spéciale. La jurisprudence n'a, du reste, jamais hésité en pareil cas, et nous pouvons citer, à l'appui de ce que nous avançons, un arrêt de Cassation, du 18 août 1840 (1), dans lequel les véritables principes sont nettement formulés.

Résumons, en prenant une hypothèse pratique, les conséquences qui résultent au point de vue de l'administration des preuves, des mentions relatives aux faits que le notaire déclare avoir entendus ; et choisissons pour exemple, une vente constatée par acte authentique.

Soit donc la maison A que Primus déclare vendre à Secundus pour une somme de 20,000 fr. Qu'est-ce qui sera prouvé jusqu'à inscription de faux ?

Il sera prouvé jusqu'à inscription de faux :

1^o Que Primus a déclaré vendre la maison A ;

2^o Que Secundus a déclaré l'acheter ;

3^o Que les parties ont déclaré fixer le prix à 20,000 fr.

Mais, en revanche, on pourra prouver, par toute voie légale, tel fait, relatif à la vente, dont le notaire n'aura pu être le témoin ; et, par exemple, que la vente est simulée et déguise une donation, ou bien que le prix de 20,000 fr. déclaré dans l'acte, est inférieur ou supérieur au prix réel convenu entre les parties. Ces faits, non seulement les tiers, mais les parties elles-mêmes, pourront les prouver, à la condition toutefois de produire une contre-lettre à l'appui de leurs prétentions, puisqu'il s'agit, dans l'espèce, d'une valeur supérieure à 150 fr. (2).

(1) SIREY, 40, I, 785.

(2) Voir, pour un cas analogue, un arrêt de la cour de Lyon.

Quant aux mentions qui font foi jusqu'à inscription de faux, elles ont cette force probante à l'égard de tous, et les tiers eux-mêmes doivent s'incliner devant elles ; elles peuvent servir, par exemple, à constituer un juste titre de possession pour un acquéreur *a non domino* ; et lui permettre de prescrire contre le propriétaire qui ne saurait, sans recourir à l'inscription de faux, contester la réalité des déclarations de vente faites devant le notaire et rapportées par lui dans l'acte.

Ce simple aperçu permet tout à la fois de distinguer entre l'effet de la convention et l'effet de l'acte et de comprendre l'importance pratique très réelle que présente cette distinction.

Nous avons ainsi terminé l'examen des mentions qui, dans l'acte notarié, font foi jusqu'à inscription de faux ; nous allons maintenant, dans un second article, traiter de l'inscription de faux en elle-même, rechercher sa nature et étudier la marche que doit suivre celui qui a recours à ce genre de procédure.

ARTICLE II

De l'Inscription de faux

Nous diviserons notre Article II en deux paragraphes consacrés, le premier, aux cas où le recours à l'inscription de faux est nécessaire ; le second, à l'étude de la procédure à suivre pour s'inscrire en faux.

du 18 janvier 1838, dans lequel ces principes sont étrangement méconnus. — DALLOZ, *Obligat.*, n° 3110.

§ I

Quand l'inscription de faux est-elle nécessaire

Nous avons vu, qu'en principe, il faut s'incrimer toutes les fois que l'on conteste la sincérité des mentions faites par le notaire dans un acte authentique, et se rapportant à des faits qu'il déclare avoir été accomplis par lui-même ou en sa présence. D'une façon plus générale, il y a lieu à inscription de faux toutes les fois que l'on prétend que l'acte a été falsifié, soit par le notaire, soit par une toute autre personne. Cette falsification peut avoir lieu de plusieurs manières; nous reviendrons bientôt sur ce point.

Il convient, auparavant, de nous demander si la nécessité de s'incrimer en faux est limitée au seul cas où l'on attaque la foi due à l'acte notarié. Nous pouvons répondre de suite négativement; il est certain, en effet, que ce genre de preuve s'impose non seulement lorsqu'on attaque la foi due à l'acte original, mais encore lorsque l'on conteste la vérité et l'exactitude de la grosse ou première expédition. Elle fait foi, en effet, en cas de perte de l'original, aux termes de l'art. 1335-1^o, C. civ.; et foi lui est due jusqu'à inscription de faux, comme étant émanée d'un fonctionnaire qui avait qualité pour la délivrer, bien que la représentation du titre original puisse toujours être exigée.

Mais si nous reconnaissons cette force probante à la grosse de l'acte notarié, nous ne croyons pas qu'il faille l'étendre aux simples copies, irrégulièrement faites, qui ne produisent qu'un commencement de

preuve. On ne saurait, en effet, mettre sur le même pied, quant aux moyens à employer pour les combattre, des titres dont la force probante est si différente (1).

Il y a encore une autre catégorie d'actes authentiques au sujet de laquelle se pose la question qui nous occupe en ce moment : ce sont les actes reçus par les officiers publics étrangers.

Nous savons fort bien que ces actes ne sont susceptibles d'exécution en France qu'autant qu'il existe à ce sujet des dispositions particulières dans les lois politiques ou dans les traités internationaux ; c'est là un point qui ne fait aucun doute et qui n'est que la consécration de ce principe à la fois de bon sens, et de droit constitutionnel déjà posé dans l'ordonnance de 1629 (art. 121) et reproduit par les articles 2128 C. civ. et 546, C. pr. combinés.

Mais à côté de la force exécutoire, il y a la force probante ; et, à ce point de vue, la règle du droit des gens *locus regit actum*, ne permet pas un seul instant de refuser le caractère d'authenticité aux actes émanés d'officiers publics étrangers et passés sous les conditions requises et avec les formes voulues par les lois de leur pays (2). Ce caractère d'authenticité est inséparable de l'acte ; et n'est pas même subordonné quant

(1) Dans ce sens. Voyez DURANTON, t. XIII, n^{os} 87 et 88.

(2) Dans ce sens, la cour de Dijon a jugé, le 3 avril 1869, que sans doute, un acte notarié passé en pays étranger et produit en France, n'y est pas susceptible d'exécution forcée ; mais que, quant à la preuve des faits qu'il est destiné à constater, il jouit en France de la même force probante que les actes reçus par un notaire français ; que ce principe est la garantie des rapports internationaux.

à la France, à la législation de la signature de l'officier public étranger, par nos agents consulaires ou diplomatiques, législation qui pourrait être exigée par application de dispositions particulières de notre législation.

Ce principe a été nettement formulé dans un arrêt de Cassation de 8 novembre 1853 (1) qui décide que l'absence de légalisation n'autorise pas le juge à déclarer l'acte nul ; mais seulement à surseoir à son exécution jusqu'à ce qu'il soit régularisé. C'est qu'en effet, la légalisation n'est absolument qu'une garantie de l'authenticité de l'acte ; mais nullement un élément constitutif de l'authenticité, laquelle en est indépendante.

Ceci bien compris, supposons un acte authentique passé par un officier étranger dont la signature a été légalisée par nos agents consulaires ou diplomatiques. Faudra-t-il, si on l'attaque, recourir à l'inscription de faux, du moins lorsque les mentions contestées sont de celles qui, dans un acte notarié français, ne pourraient être combattues qu'à l'aide de ce moyen exceptionnel ?

Cela dépendra du caractère et des effets civils attribués à l'authenticité, par les lois du pays où l'acte a été passé : ces lois exigent-elles que, pour attaquer l'acte, on ait recours à l'inscription de faux ; ce mode de procédure sera le seul admissible. Se contentent-elles, au contraire, des moyens de preuve ordinaires, le juge français ne devra pas se montrer plus exigeant. Cette solution n'a, du reste, rien que de logique : il est évi-

(1) SIREY, 56, I, 17.

dent que la loi française en acceptant l'acte comme authentique du moment où il a été passé suivant les lois de son pays, ne peut et ne doit l'accepter que tel que ces lois l'ont fait elles-mêmes. On ne comprendrait pas qu'elle accordât à un acte étranger une foi plus grande que celle qui lui est reconnue dans son pays ; car, tout en admettant l'authenticité de l'acte, elle n'en modifie pas les caractères et ne l'accommode nullement à ses règles particulières, pour en étendre ou en restreindre les effets au fond.

A côté de cette distinction entre la force probante et la force exécutoire de l'acte notarié, il en est une autre qu'il importe de faire, entre l'acte lui-même et la convention qu'il relate. On comprend sans peine qu'un contrat soit valable, et que néanmoins l'acte qui a pour objet de le constater soit nul ; réciproquement rien ne s'oppose à ce qu'un acte parfaitement régulier en sa forme, et partant, fort valable en lui-même se réfère à une convention nulle à raison d'un vice quelconque. Dès lors, de même que, sans attaquer la validité de la convention on peut prétendre que l'acte qui la constate est falsifié, de même aussi, on peut, tout en reconnaissant la sincérité de l'acte, soutenir que la convention est viciée et nulle à raison du vice qui l'entache.

Il est certain que, si l'on triomphe, l'annulation de la convention entraînera celle de l'acte ; néanmoins, il n'y aura pas lieu, pour attaquer la convention, de s'inscrire en faux ; car si l'acte authentique tombe, ce n'est que par voie de conséquence ; et tout en demandant au juge de déclarer la convention inexistante, ceux qui l'attaquent n'élèvent aucun soupçon sur la sin-

cérité des mentions du notaire, et partant, ne portent aucune atteinte à la force probante de l'acte (1).

Comme corollaire de la proposition que nous venons d'établir, nous en présentons une seconde à savoir que, lorsqu'une convention constatée par un acte authentique est attaquée comme inexistante ou nulle, le juge a le droit de suspendre l'exécution de l'acte jusqu'à ce que le débat soit vidé.

Cette solution a été contestée, et nous avons contre nous un arrêt de la Cour de Bruxelles (2) qui, dans une hypothèse de cette nature décide que l'art. 1319 étant exceptionnel et limitatif, l'acte authentique doit, dans le cas de plainte en faux criminel ou civil, recevoir toujours son exécution.

La Cour de Bruxelles ne se serait-elle pas méprise sur la portée de l'art. 1319 ? De quoi s'agit-il, en effet, dans cet article ? De la force probante de l'acte authentique qui, dit la loi, fait pleine foi de la convention qu'il renferme. Or, nous savons ce qu'il faut entendre par le mot convention ; ce ne sont, nous l'avons vu, que les faits accomplis par le notaire ou rapportés par lui comme s'étant passés en sa présence qui sont prouvés jusqu'à inscription de faux.

Mais, dans le cas qui nous occupe, ce n'est pas l'acte qu'on attaque ; c'est la convention ; on ne se trouve donc plus sur le terrain de l'art. 1319, et ses dispositions exceptionnelles n'ont plus lieu de s'appliquer.

C'est ce qu'a parfaitement remarqué et fait ressortir

(1) Cf. TOULLIER, t. IV, 2, p. 72, n° 65. — DURANTON, t. XIII, p. 74, n° 85.

(2) Bruxelles, 31 octobre 1825. — PASICRISIE, 1825, p. 512.

la Cour de Gand, dans un arrêt du 14 janvier 1853 (1), en insistant d'ailleurs sur ce qu'il y aurait de contraire à la raison à ce qu'on pût exécuter une convention dont l'existence ou la validité est contestée.

Toutefois, s'il est certain que le juge a le droit de suspendre l'exécution de l'acte notarié, il ne doit le faire qu'après s'être assuré que la contestation est sérieuse, et que ce n'est pas par esprit de chicane ou pour échapper à l'exécution de ses obligations que le demandeur attaque la validité de la convention. Sous cette réserve, le juge a non seulement le droit, mais encore le devoir d'empêcher le créancier de procéder à l'exécution de l'acte; l'esprit de la loi, en cette matière, nous semble trop clair pour qu'on puisse élever le moindre doute à cet égard.

Après avoir ainsi reconnu dans quelle mesure l'inscription de faux, doit être employée, il nous reste à rechercher à quel genre de faux elle s'applique, et s'il ne peut pas se présenter des cas où un acte authentique, ou du moins donné pour tel, peut être repoussé comme moyen de preuve sans que l'on ait recours à l'inscription de faux. L'examen de cette double question terminera notre premier paragraphe.

Il y a plusieurs espèces de faux; ou, pour parler plus exactement, on peut classer les faux de plusieurs façons différentes.

Au point de vue de sa nature juridique, le faux est civil ou il est criminel; dans les deux cas il consiste dans l'altération de la vérité; mais le faux criminel

(1) PASICRISIE, 1853, II, 94.

qu'on appelle aussi faux pénal renferme un caractère de fraude qui n'existe pas dans le premier.

On distingue encore le faux en intellectuel et en matériel. Cette division repose sur les moyens employés pour le commettre.

Par faux intellectuel, on entend le faux commis au moyen de la dénaturation de la substance de l'acte ; de la mention de conventions autres et différentes ; de la constatation de faits faux ; d'une falsification quelconque de la pensée, du consentement, de la volonté ; mais sans altération des signes, sans indices matériels et physiques tombant sous le sens (1).

De cette définition, il résulte qu'en matière d'actes notariés, le faux intellectuel ne peut être commis que par le notaire.

Quant au faux matériel, il porte sur la partie matérielle de la pièce ; il ne peut être produit que par des moyens physiques, et peut être reconnu à l'aide de ces mêmes moyens. Il se subdivise lui-même en faux formel et en faux purement matériel. Le premier se commet lorsqu'on fabrique de faux actes auxquels le faussaire attache la signature et le sceau contrefaits du notaire auquel il veut l'attribuer ; le second, lorsqu'on altère un acte véritable par des additions, des interpolations, des grattages, des lavages de mots, de lettres, de chiffres, de signes quelconques.

Le faux matériel, à raison de sa nature peut donc, on le voit, être l'œuvre aussi bien d'un tiers quelconque que du notaire.

(1) Cf. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. IV, art. 1319, n° 19.

La seconde division des faux, d'après les moyens qui ont servi à le commettre soulève une question importante : aux termes de l'art. 214 du Code de procédure, celui qui prétend qu'une pièce signifiée, communiquée ou produite en cours de procédure, est fausse ou falsifiée peut *s'il y échet*, être reçu à s'inscrire en faux.

De cette expression, *s'il y échet*, on en a conclu que le juge a un pouvoir discrétionnaire d'admettre la pièce arguée comme vraie, ou de la rejeter d'emblée comme fausse, sans inscription de faux préalable, suivant les circonstances.

Laissons de côté la première partie de cette conclusion, relative à la faculté d'admettre la pièce ; ce point est hors de doute ; mais arrêtons-nous à la seconde : le juge pourra-t-il toujours rejeter d'emblée comme faux un acte authentique, en se fondant simplement sur les faits et circonstances de la cause ?

Il y a un cas où il le pourra certainement : c'est celui où, par sa contexture, sa forme, son ensemble, l'acte présente des vices tellement sensibles que le faux est palpable et, suivant les expressions de Merlin (1), « saute pour ainsi dire aux yeux, saisit tous les regards, et résulte avec la dernière évidence d'une simple inspection oculaire. »

C'est là un point constant et reconnu en jurisprudence comme en doctrine ; et il n'y a rien là, d'ailleurs que de conforme à la logique et au bon sens.

Merlin, toutefois, distingue à ce point de vue entre le faux formel et le faux purement matériel : tandis que, selon lui, l'inscription de faux est inutile lorsqu'il s'a-

(1) MERLIN, *Quest. Inscript. de faux*, § 1.

git du faux purement matériel, elle est, dit-il, indispensable pour le faux formel, parce que c'est la seule voie par laquelle on puisse arriver à la preuve du faux, au lieu que la falsification d'un acte peut être visible et rendre l'inscription inutile.

Nous ne saurions nous ranger à cet avis, par cette raison que le faux formel peut, dans certaines circonstances, être tout aussi bien que l'autre, reconnaissable à la seule inspection de la pièce suspectée. Rappelons-nous, en effet, la définition que nous avons donnée du faux formel : c'est celui, avons-nous dit, qui est commis en fabriquant de faux actes auxquels le faussaire attache la signature et le sceau contrefaits du notaire.

Dès lors, n'est-il pas parfois aussi facile de reconnaître *a priori* la fausseté de l'acte, par le style employé, par le manque d'habileté apportée à la contrefaçon du sceau ou de la signature, par la vulgarité de l'écriture ou même les fautes d'orthographe, par ces mille détails, enfin, qui témoignent qu'il n'émane pas d'un officier ministériel habitué à ce genre de travail ; la fausseté de l'acte, disons-nous, ne ressortira-t-elle pas aussi clairement de ces faits que de grattages, de lavages ou de surcharges plus ou moins habilement dissimulés, et qui, dans le cas de faux purement matériel, prouveront, sans qu'on ait besoin de recourir à l'inscription de faux, qu'une main coupable a dénaturé la teneur primitive d'un acte véritable ?

Que l'on nous permette une comparaison peut-être un peu vulgaire, mais qui exprimera bien notre pensée : il est le plus souvent aussi facile de s'apercevoir qu'une pièce de monnaie est fausse que de reconnaître qu'elle

est rognée. Eh bien, le faux formel est au faux purement matériel, ce que la première pièce de monnaie est à la seconde. Si donc, on peut, dans les deux cas constater parfois *a priori*, la fausseté de l'acte, la distinction de Merlin n'a pas sa raison d'être, et l'on doit accorder au juge le même pouvoir discrétionnaire dans tous les cas.

Voilà donc la question tranchée lorsqu'il s'agit du faux matériel dans son acception générale; mais elle se présente à nouveau pour le faux intellectuel; et ici elle est beaucoup plus discutée, et nous devons le dire, beaucoup plus discutable.

Certains auteurs, dont l'opinion a entraîné la jurisprudence dans quelques circonstances, enseignent qu'il faut étendre au faux intellectuel la solution que nous avons donnée pour le faux matériel; et, qu'en conséquence, les juges sont toujours autorisés à déclarer, sans inscription préalable de faux, la fausseté d'un acte, lors même qu'il s'agit d'un faux intellectuel.

M. Larombière qui, dans son *Traité théorique et pratique des obligations*, a soutenu cette thèse, fonde son opinion sur les raisons suivantes :

« L'art. 1353, dit-il, qui autorise les juges à se décider par des présomptions graves, précises et concordantes, contient une disposition générale. Il s'applique à tous les cas où la preuve testimoniale est admissible. Or, la procédure en inscription de faux n'est rien autre chose qu'un recours à la preuve testimoniale, sous forme d'enquête ou d'expertise, sans préjudice, comme dans les cas ordinaires, de l'appréciation des magistrats. A moins d'une exception formelle, l'art. 1353 s'applique

donc au cas où un acte est argué de fausseté ou de falsification (1). »

Puis, après avoir fait remarquer que bien loin de créer une exception, l'art. 214, C. pr. dispose dans les termes les plus généraux que celui qui prétend qu'une pièce est fausse, peut, s'il y échet, c'est-à-dire suivant les circonstances, être reçu à s'inscrire en faux, le savant magistrat en conclut que l'art. 1353 doit recevoir son application, quelle que soit la nature du faux, et que toute distinction sur ce point serait complètement arbitraire.

Il reconnaît bien, qu'en fait, le faux intellectuel sera bien moins frappant que le faux matériel ; mais si cette circonstance peut avoir pour effet d'engager le juge à se montrer plus réservé dans l'usage du pouvoir que la loi lui confère, lorsqu'il s'agit d'un faux de la première espèce, elle ne saurait servir de base à un système qui voudrait substituer une question de droit à une question de fait, et subordonner à des considérations particulières l'exercice d'un pouvoir admis en principe.

Vouloir restreindre au seul cas de faux matériel le droit pour le juge de déclarer la fausseté de l'acte en se fondant uniquement sur les circonstances de la cause, ce serait avoir la prétention de limiter les preuves légales.

Or, l'art. 1353, en permettant au juge de se décider par des présomptions graves, précises et concordantes, l'autorise à trancher les questions d'après sa seule conviction. Dès lors donc qu'il a la certitude, la loi

(1) LAROMBIÈRE, t. IV, p. 262.

l'autorise à se prononcer ; et cette certitude, elle ne saurait, *a priori*, être subordonnée à tel ou tel ordre de circonstances.

Comme tout, en définitive, se résume dans une question de preuve, et que le juge doit, après tout la résoudre, en cas de faux matériel comme en cas de faux intellectuel, il y a véritablement contradiction à ne point lui reconnaître, dans l'un et l'autre cas, une égale liberté de jugement.

« Quant à la raison tirée des inconvénients et des dangers qu'il y aurait à prononcer la fausseté d'une pièce, sans plus ample information, lorsqu'il s'agit d'un faux intellectuel, nous répondrons, dit en terminant M. Larombière, que cette raison est tout aussi bien fondée dans un cas que dans l'autre ; que si elle était vraie, ce serait la critique de la loi même, pour avoir attribué aux juges le droit de se décider d'après de simples présomptions ; que ce droit étant reconnu en principe, l'usage qu'ils sont admis à en faire ne dépend plus que de leur conviction, laquelle reste subordonnée à l'appréciation des circonstances. »

Quelle que soit l'autorité de celui dont nous venons d'exposer l'opinion, et bien que nous ayons contre nous un arrêt de cassation du 17 décembre 1835 (1) et un autre de la Cour de Bordeaux du 21 juillet 1851 (2), il nous est impossible de nous ranger à cet avis.

L'art. 1353, C. civ. est, il est vrai conçu en termes généraux ; mais le soin qu'y prend la loi de limiter, du moins en principe, le droit pour les juges de décider

(1) SIREY, 37, I, 68.

(2) SIREY, 51, II, 718.

d'après des présomptions, au cas où la preuve testimoniale est admissible, prouve assez que l'on n'a pas tenu à étendre outre mesure le pouvoir discrétionnaire des tribunaux.

Dire, d'autre part, comme le fait M. Larombière, que la procédure en inscription de faux n'est pas autre chose qu'un recours à la preuve testimoniale, c'est évidemment jouer sur les mots. Certes, si la demande en inscription de faux est agréée, on procédera à des enquêtes, à des expertises, au cours desquelles des témoins viendront déposer ; mais il n'en est pas moins vrai que ces diverses circonstances ne sont que des conséquences de la procédure, et qu'on ne saurait confondre l'inscription de faux, prise en bloc comme mode de preuve, avec la preuve testimoniale proprement dite. Supposons qu'il soit passé acte devant notaire d'une convention dont la valeur n'excède pas 150 francs ; et que l'on veuille attaquer la sincérité de l'acte. *A priori*, cet acte faisant pleine foi, ne pourra être combattu que par la voie de l'inscription de faux ; d'autre part, la validité de la convention, abstraction faite de l'acte, sera parfaitement susceptible d'être attaquée à l'aide de la preuve testimoniale ; viendra-t-on dire qu'il n'y pas de différence entre les deux procédures, et que la première n'est ni plus longue, ni plus périlleuse que la seconde ? Non, évidemment ; c'est que la loi a entendu donner au témoignage du notaire une autorité qui rassurât les parties contractantes, en leur garantissant réciproquement que leurs conventions seraient respectées, lorsqu'elles auraient recours à la forme authentique pour les faire constater. C'est précisément cette considération qui nous donne la clef de la disposition

exceptionnelle de l'art. 1319, disposition déjà ancienne et toujours admise dans notre ancien droit.

Nous l'avons dit au début de cette étude : *l'apparence de l'authenticité* suffit à donner à l'acte cette pleine foi dont parle l'article 1319 : l'apparence suffit parce que le plus souvent l'apparence est la réalité, et aussi parce que cette solution était la seule qui pût donner à l'acte émané d'un officier ministériel des avantages sur l'acte sous-seing-privé.

Dès lors la distinction que nous avons faite entre le faux matériel et le faux intellectuel se justifie parfaitement : pourquoi appliquerons-nous l'art. 1353 au premier ? Parce que les présomptions graves, précises et concordantes sur lesquelles le juge pourra fonder sa décision résultent précisément de l'apparence de l'acte.

Pourquoi, au contraire, l'art. 1353 n'aura-t-il, selon nous, aucun rapport avec l'hypothèse d'un faux intellectuel ?

Parce que, dans ce cas, on se trouve en présence d'un acte ayant tous les caractères extérieurs d'un acte authentique, signé et scellé par un notaire dont on ne méconnaît ni le sceau ni la signature, et dont on n'attaque que la sincérité.

L'acte est donc bien un acte authentique, puisqu'il en a toute l'apparence ; il tombe donc sous le coup de la disposition exceptionnelle de l'art. 1319 ; et, aux termes de cet article, il fait pleine foi, c'est-à-dire jusqu'à inscription de faux, seule voie possible pour l'attaquer.

Qu'on ne vienne donc pas nous dire que nous avons la prétention singulière de limiter les preuves légales,

d'enchaîner la certitude et de soumettre la conviction : nous ne faisons rien de semblable ; nous restons, au contraire, fidèles aux véritables principes, car ce qui donne à l'acte pleine foi, c'est la *forme* authentique ; et cette forme, qui fait quelquefois défaut dans le faux matériel, existe toujours dans le faux intellectuel. C'est là ce qui justifie la distinction que nous avons formulée au début de cette discussion.

Nous avons passé en revue les questions qui font l'objet de notre premier paragraphe ; nous allons aborder maintenant, dans un second paragraphe, l'étude de la procédure à suivre pour s'inscrire en faux. Cette matière se rattache trop intimement au point de droit civil qui fait le sujet de notre thèse, pour que nous puissions la passer sous silence ; nous la ferons précéder de quelques mots sur le faux incident et le faux principal, afin de rendre plus clairs les points que nous aurons à développer ultérieurement.

§ II

De la procédure en inscription de faux

Quel que soit le caractère du faux, il est criminel lorsqu'il est l'objet d'un dessein frauduleux et la cause d'un préjudice possible.

A Rome, le crime de faux donnait lieu à deux actions : l'une pénale, celle de la loi *Cornelia de Falsis*, introduite pour les testaments ; et l'autre civile, dont le but était la poursuite des réparations pécuniaires dues à la partie lésée. De même, dans notre droit, il peut donner lieu à une action publique, basée sur les art.

145 à 152 du Code pénal, et aussi à une demande en dommages-intérêts. Mais il existe, au point de vue de l'action criminelle, une différence profonde entre la législation romaine et la nôtre. Tandis que la première donnait à tous les citoyens le droit d'intenter l'action criminelle, la seconde autorise simplement la partie lésée à déposer une plainte entre les mains du ministère public, qui seul peut poursuivre la répression des crimes et délits. Cette plainte, déposée ainsi par la partie, est qualifiée *plainte en faux principal*, parce que c'est, avant tout, la répression du crime qui est poursuivie. La partie lésée peut, il est vrai, se porter partie civile, et réclamer une indemnité ; mais son action n'est qu'accessoire à celle du ministère public, et n'a, par conséquent, qu'un caractère très secondaire.

Elle peut aussi, si elle le préfère, porter sa demande devant les juges civils. Ce cas se présente, le plus souvent, lorsque, dans le cours d'une instance civile, un des plaideurs produit contre l'autre une pièce que son adversaire argüe de faux. Celui-ci, pour arriver à la vérification de la pièce, est obligé de recourir à une procédure particulière qualifiée dans l'usage, d'inscription de faux, et à laquelle le Code de procédure consacre le titre XI du livre I^{er}, sous la rubrique : *Du faux incident civil*.

Ici, il n'est plus question d'action pénale : c'est à la pièce et non au faussaire que la partie fait le procès ; et l'action garde un caractère purement civil. Bien entendu, le ministère public est toujours libre de mettre en mouvement l'action criminelle, s'il le juge convenable, et si le faussaire est connu.

On voit, par ce que nous venons de dire, que l'action

pénale peut se trouver intentée aussi bien après qu'avant l'action civile; on voit aussi que si cette dernière est parfois intentée accessoirement à l'action criminelle; et si, le plus souvent, elle se produit incidemment au cours d'un procès, elle peut aussi fort bien être l'objet d'une demande principale; par exemple, dans le cas où, soupçonnant entre les mains d'un tiers l'existence d'un titre authentique contrefait et susceptible de compromettre mes intérêts, qui n'attendent, pour se produire, que le moment où les preuves du faux auront disparu, je veux me soustraire à cette situation critique, et je provoque une instance à l'effet de faire constater d'ores et déjà la fausseté de la pièce en question.

Néanmoins, l'action civile est généralement connue sous le nom de procédure en faux incident; et c'est aussi sous la rubrique du *faux incident civil* que le Code de procédure en traite. Enfin, les art. 214 et 215 de ce Code, supposent toujours que c'est sur une action principale que vient se greffer la plainte en faux.

Cette qualification d'*incidente* appliquée à la plainte en faux civil est évidemment inexacte; et elle ne peut s'expliquer qu'historiquement.

Dans notre ancien droit, la partie lésée pouvait, comme en droit romain, porter à son gré son action devant la juridiction criminelle ou devant la juridiction civile; mais tandis que, dans le premier cas, l'action était toujours et nécessairement principale; elle n'était, le plus souvent, dans le second, intentée qu'à l'occasion d'un procès dans lequel la pièce arguée de faux avait été produite.

On voit, dès lors, comment une confusion résultant

des faits a pu se produire dans le langage courant, entre les idées de faux principal et de poursuites criminelles d'une part ; et de faux incident et de procès civil de l'autre. Cette confusion se rencontre dans les expressions employées par l'ordonnance de 1737 ; et elle a tellement pénétré dans le langage de la pratique, qu'elle a passé dans nos Codes, encore que maintenant le ministère public ait seul pouvoir de poursuivre les crimes et les délits. Ce sont encore les mêmes expressions que nous retrouvons dans l'art. 1319 du Code civil ; et ces expressions y ont conservé le sens que nous leur avons reconnu.

Cet article, dans son second alinéa, dispose qu'en cas de plaintes en faux principal (c'est-à-dire en cas de poursuites criminelles) l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation ; tandis qu'en cas d'inscription de faux faite incidemment (c'est-à-dire en cas de plainte en faux civil) les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte.

On le voit, dans la première hypothèse, la suspension de l'exécution de l'acte s'impose nécessairement ; dans la seconde, elle est laissée à l'appréciation des juges.

Il n'en a pas toujours été ainsi : l'ancienne jurisprudence avait étendu le privilège attaché au titre authentique au point de n'arrêter l'exécution qu'après le jugement définitif rendu sur l'inscription de faux (1) ; et la loi du 6 octobre 1791 avait maintenu cet état de choses. Mais, comme l'inscription de faux a précisément pour objet d'arriver à faire tomber la foi due à

(1) Cf. POTHIER. *Oblig.*, n° 700.

l'acte, il est plus logique et plus équitable d'empêcher, dès le principe, des poursuites qui seraient susceptibles d'entraîner pour les parties des conséquences irréparables. Aussi admettait-on déjà dans notre ancien droit, comme tempérament à la règle posée ci-dessus, que le juge pouvait ordonner que l'exécution n'aurait lieu que sous caution (1). Aujourd'hui, nous le voyons par l'art. 1319, il possède, outre ce droit, celui de la suspendre encore entièrement quand la loi elle-même ne se charge pas de ce soin (2).

La distinction établie par le législateur entre le faux principal et le faux incident est très sage. Il n'y a pas dans la procédure civile comme dans la procédure criminelle, un point d'arrêt précis où la vraisemblance du faux se révèle avec un caractère suffisant de gravité, pour qu'on doive nécessairement suspendre l'exécution de l'acte suspect. Par suite, le meilleur moyen, en cas d'inscription de faux, est de s'en rapporter à la sagesse des juges, qui prononceront d'après les circonstances.

Nous allons maintenant laisser de côté la plainte en faux principal pour nous occuper uniquement des règles de l'inscription de faux. La loi a organisé dans le but d'arriver à prouver la fausseté d'une pièce produite dans le cours d'une instance, une procédure compliquée. Elle est contenue dans les art. 214 à 252 du Code de procédure civile, dont les dispositions sont,

(1) SERPILLON, sur l'art. 29, t. 2, ordon. de 1737.

(2) La loi du 25 ventôse an XI, art. 19, avait déjà proclamé les nouveaux principes, en déclarant que l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la déclaration du jury d'accusation² prononçant qu'il y a lieu à accusation.

pour la plupart, tirées de l'Ordonnance de 1737, œuvre du chancelier d'Aguesseau qui, pour suppléer au silence de l'Ordonnance de 1667, réunit, en les perfectionnant, les principes épars de la jurisprudence et de la législation sur cette matière.

La procédure de l'inscription de faux comprend trois périodes :

La première embrasse tous les actes antérieurs au jugement qui admet l'inscription ;

La seconde s'étend de la remise au greffe de la pièce arguée de faux au jugement qui autorise la preuve ;

La troisième se compose de la preuve ou de l'instruction du faux.

Nous examinerons successivement chacune de ces périodes, puis nous traiterons des suites de la procédure de faux soit qu'elle se termine par un jugement définitif, soit qu'elle aboutisse à une transaction.

PREMIÈRE PÉRIODE. — *Procédure à fin d'admission de l'inscription de faux.*

Comme le but principal de l'inscription de faux est de faire rejeter d'un procès une pièce que l'on prétend entachée de faux ; et que le faux étant un crime, la pièce qui en est entachée ne saurait, dans aucun cas, produire des effets, il en résulte que l'inscription de faux est admissible en tout état de cause ; et, d'autre part, qu'elle ne peut avoir lieu qu'autant que la pièce fait partie de celles signifiées, communiquées ou produites au cours du procès, et peut avoir quelque influence sur son résultat.

L'inscription de faux est applicable aussi bien aux actes sous-seing privé qu'aux actes authentiques ; mais

tandis que c'est la seule procédure admissible pour ces derniers, on peut arriver, pour les premiers, au même résultat par la vérification d'écritures, moyen plus simple et plus rapide ; toutefois, l'art. 214, C. pr., disposant que l'on peut être reçu à s'inscrire en faux contre toute pièce, même vérifiée, il en résulte que, pour les actes sous-seing privé, l'inscription de faux constitue une voie de recours toujours admissible contre le jugement basé sur l'art conjectural des experts.

A un autre point de vue, il existe encore une différence entre les actes authentiques et ceux sous-seing privé ; tandis que, pour les premiers, il faut s'inscrire en faux, non seulement lorsqu'on attaque l'original, mais encore lorsqu'on conteste la vérité ou l'exactitude de la grosse ou des premières expéditions, il n'y a rien de semblable en ce qui concerne l'acte sous-seing privé dont l'original seul peut faire foi. C'est qu'aux termes de l'art. 1335, C. civ., les grosses et premières expéditions font preuve complète en cas de perte de l'original, tandis que les copies d'actes sous-seing privé n'ont aucune valeur, à moins que l'original n'ait été déposé du consentement de toutes les parties, chez un notaire (1).

Ces observations faites, voyons quelle doit être la conduite de celui qui veut s'inscrire en faux.

Il doit d'abord sommer l'autre partie de déclarer, d'une manière précise, si elle entend se servir de la pièce qu'il veut attaquer, en l'avertissant que, dans le cas de l'affirmative, il s'inscrira en faux (art. 215, C. pr.) Cette sommation se fait par acte d'avoué à avoué, si la

(1) Cf. DURANTON, t. XIII, n^{os} 87 et 88.

poursuite est incidente ; par exploit d'huissier, si elle est principale.

La partie sommée a huit jours pour répondre également par acte d'avoué à avoué, signé d'elle ou de son fondé de procuration spéciale et authentique (art. 216). Ce délai de huitaine est susceptible d'augmentation à raison des distances ; il peut, d'ailleurs, être prorogé par le tribunal ; et même la jurisprudence a fini par reconnaître qu'il n'est point prescrit à peine de déchéance (1). Mais, d'autre part, la déclaration du défendeur qu'il renonce à se servir de la pièce arguée de faux est définitive, et il ne peut plus revenir sur sa résolution première.

S'il ne répond pas à la sommation du demandeur, son silence est interprété dans le même sens que la déclaration qu'il renonce à se servir de l'écrit incriminé. Le demandeur peut alors se pourvoir à l'audience par un simple acte, pour faire ordonner que la pièce maintenue fautive sera rejetée par rapport à lui (art. 217). Le défendeur ne pourra donc en faire aucun usage ; mais, en revanche, elle est acquise au procès dans l'intérêt du demandeur qui pourra en tirer telles déductions ou conséquences qu'il jugera à propos, ou former telles demandes qu'il avisera, pour des dommages et intérêts.

Notons, en passant, qu'aux termes d'un arrêt de Cassation du 20 juillet 1858, dans le cas où le défendeur à l'inscription de faux n'a pas répondu à la sommation du demandeur, le rejet de la pièce que l'article 217 autorise celui-ci à faire ordonner, n'est pas obligatoire, mais simplement facultatif pour les juges :

(1) Cassat, 8 août 1837, 14 août 1838, 21 juin 1842.

ceux-ci peuvent refuser de le prononcer s'ils constatent que le demandeur n'a présenté aucune raison admissible à l'appui de son inscription de faux.

Si le défendeur répond qu'il entend se servir de la pièce que l'on prétend falsifiée, le demandeur déclare par acte au greffe signé de lui ou de son fondé de pouvoir spécial et authentique qu'il entend s'inscrire en faux ; puis il poursuit l'audience sur un simple acte à l'effet de faire admettre l'inscription et de faire nommer le juge-commissaire devant lequel elle sera poursuivie (art. 218).

Là, encore, le tribunal n'est pas obligé de satisfaire à la demande d'inscription ; il tient de la loi à cet égard un pouvoir discrétionnaire très étendu. Ainsi, il repoussera la demande si la pièce incriminée lui paraît d'ores et déjà évidemment vraie ou fausse ; ou si elle ne peut avoir d'influence sur l'issue du procès. Mais il ne pourrait baser son refus sur l'inadmissibilité des moyens de preuve de faux, car ce serait en préjuger la valeur, ce qui est absolument contraire à la loi.

En tout cas, les juges doivent toujours agir avec la plus grande prudence, et ne pas rejeter témérement la demande en inscription de faux, car, comme le dit fort bien un arrêt de la Cour de Bordeaux (1) : « S'il est vrai que la foi due aux actes soit facilement ébranlée, il faut encore moins s'exposer à fermer l'accès à la lumière et à la vérité ».

Quoiqu'il en soit, le jugement qui statue sur la demande en inscription de faux, est toujours rendu, comme d'ailleurs tous ceux qui interviennent dans le

(1) Bordeaux, 9 mars 1859, *SIR.* 59, II, 609.

cours de cette procédure, sur les conclusions du ministère public (1).

SECONDE PÉRIODE. — *Procédure à fin d'être admis à prouver le faux.*

Les règles tracées par le Code de procédure relativement aux actes juridiques qui se produisent pendant cette seconde période s'éloignent assez sensiblement de celles édictées, dans les mêmes circonstances par notre ancien droit, et notamment par l'ordonnance de 1737 dont les traits généraux, en cette matière du moins, témoignent de cet esprit de mystère dont il faut rechercher la cause dans les étroites relations qui unissaient alors pour le faux la procédure civile et la procédure criminelle, laquelle comme on sait, était essentiellement secrète.

Nous signalerons au fur et à mesure que nous étudierons les dispositions du Code de Procédure, les différences qui existent entre ce dernier et notre ancien droit.

Le jugement qui admet l'inscription de faux est signifié au défendeur ; celui-ci a trois jours à compter de cette signification pour faire remettre au greffe la pièce arguée de faux. Ce dépôt est constaté par un procès-verbal dressé par le greffier qui en remet aussitôt une expédition au défendeur qui a, trois jours pour signifier au demandeur l'acte de mise au greffe (art. 219).

Il peut arriver que le défendeur n'effectue pas le dépôt au greffe de la pièce arguée de faux.

(1) Art. 251, C. pr. civ.

Que doit alors faire le demandeur ?

L'acte n'existe-t-il qu'à un seul exemplaire, le demandeur peut se pourvoir à l'audience pour faire statuer sur le rejet de la pièce ; l'acte est-il au contraire fait en double, et l'un de ces doubles en la possession du demandeur ? Il pourra demander d'en opérer lui-même le dépôt.

S'agit-il, enfin, d'un acte qui a été reçu en minute, et qui se trouve dans un dépôt public ou entre les mains d'un tiers, c'est au juge-commissaire qu'il appartient d'ordonner l'apport de la minute (art. 221).

« En pareil cas, il est, dit l'art. 202, laissé à la prudence du tribunal d'ordonner, sur le rapport du juge-commissaire, qu'il sera procédé à la continuation de la poursuite du faux, sans attendre l'apport de la minute ».

Avant de se dessaisir de la minute, son dépositaire en fait préalablement une copie collationnée, laquelle est vérifiée par le président du tribunal de l'arrondissement, qui en dresse procès-verbal ; ladite expédition est mise par le dépositaire au rang de ses minutes, pour en tenir lieu jusqu'au renvoi des pièces, et il peut en délivrer des grosses ou expéditions, en faisant mention du procès-verbal qui a été dressé (art. 203) (1).

Les art. 225 à 227 fixent les délais et les formalités de l'examen de l'état dans lequel se trouve la pièce arguée de faux : dans les trois jours de la remise de la

(1) L'art. 22 de la loi de ventôse an XI, ordonne expressément aux notaires de dresser et signer dans ce cas une copie figurée qui, après avoir été certifiée par le président et le commissaire civil de leur résidence, sera substituée à la minute dont elle tiendra lieu jusqu'à sa réintégration

pièce au greffe, ladite pièce doit être examinée et procès-verbal dressé de son état. Le demandeur doit être préalablement averti par acte d'avoué à avoué du dépôt de la pièce au greffe, et sommé d'assister au procès-verbal.

Ce procès-verbal est dressé par le juge-commissaire, en présence du ministère public et des deux parties ou de leurs fondés de procurations spéciales et authentiques. Ce procès-verbal très minutieux doit mentionner et décrire toutes les ratures, surcharges, interlignes et autres circonstances du même genre. Il est signé et paraphé par le juge-commissaire, le procureur de la République, le demandeur et le défendeur : si ces derniers refusent de signer, mention est faite de ce refus. Enfin, en cas de non-comparution d'une des parties, il est donné défaut et passé outre au procès-verbal.

Dans les huit jours qui suivent, le demandeur est tenu de signifier ses moyens de faux, lesquels doivent contenir les faits, circonstances et preuves par lesquels il prétend établir la falsification. La Cour de Cassation, dans plusieurs arrêts des 18 février 1813, 31 janvier 1825, 23 mars 1835, 4 février 1843, a émis cette doctrine qui fait aujourd'hui jurisprudence, que les moyens de faux ne sont admissibles qu'autant qu'ils énoncent les faits, les circonstances et les preuves ; et qu'il ne suffit pas d'une dénégation des faits contestés par l'acte, et de l'offre de prouver que ces faits ne sont pas vrais.

Ainsi, il faut que les faits articulés soient en opposition directe avec ceux relatés dans l'acte, et que les circonstances dont on prétend fournir la preuve soient telles que, si elles viennent à être constatées, il en

résulte nécessairement la fausseté de l'acte incriminé.

Ces dispositions ont un double but : elles obligent le demandeur à ne présenter que des arguments sérieux ; et mettent, par conséquent, le défendeur à l'abri des entreprises de la chicane ; d'autre part, la partie adverse connaît exactement d'avance quels sont les moyens proposés contre l'acte et peut ainsi se mettre en mesure d'y répondre ; enfin, on prévient toute collusion avec des témoins, qu'autrement on ferait déposer sur des faits inconnus, concertés après coup, et qui, n'ayant pas été annoncés dans les moyens, surprendraient à l'improviste le défendeur, et réussiraient souvent à faire triompher la mauvaise foi.

Ces avantages sérieux qui résultent des dispositions de l'art. 229 n'ont pas toujours frappé le législateur ; les articles 27 et 28 de l'Ordonnance de 1737 défendaient au contraire de donner communication au défendeur des moyens de faux qui étaient déposés au greffe ; le jugement d'admission ou de rejet devait être rendu sur les seules conclusions du ministère public ; enfin, c'était encore par la voie seule de l'information secrète que l'on cherchait la preuve.

Nous avons donné plus haut les raisons de ce mode de procédure ; nous ne pouvons du reste que louer le législateur moderne d'avoir mis l'instruction en matière de faux incident civil en harmonie avec les principes d'une législation qui admet la publicité et la liberté de défense devant les tribunaux répressifs.

Pour en revenir aux dispositions du Code de procédure, le défendeur a un délai de huitaine pour répondre à la signification qui lui est faite : Trois jours après, la partie la plus diligente peut poursuivre l'audience

et les moyens de faux sont admis ou rejetés par le tribunal, en tout ou en partie, selon qu'il les juge ou non pertinents (art. 231).

S'il les rejette tous, le demandeur est débouté et condamné aux dépens, et, en outre, à des dommages-intérêts. Au cas contraire, il ordonne que les moyens admis seront prouvés tant par titres que par témoins devant le juge-commissaire, sauf au défendeur à faire la preuve contraire; et, s'il y a faux matériel, qu'il sera procédé à la vérification de la pièce par trois experts écrivains qu'il nomme d'office.

TROISIÈME PÉRIODE. — *De l'instruction du faux jusqu'au jugement définitif.*

La loi déclare que le tribunal ordonnera la preuve par titres, témoins et experts; mais il ne faudrait pas en conclure qu'elle exige que tous ces moyens soient cumulativement employés; on n'aura donc recours qu'à ceux dont les circonstances et la nature du faux rendraient l'emploi praticable et utile pour la découverte de la vérité; les juges ont, à cet égard, entière liberté d'appréciation; mais, dans tous les cas, le défendeur a le droit de faire la preuve contraire à celle ordonnée par le jugement.

Nous ne nous attarderons pas à énumérer tout au long les règles à suivre dans l'administration de chacun de ces modes de preuve; nous nous bornerons à dire en quoi ils consistent, et à renvoyer pour plus de détails, aux textes qui les réglementent.

1^o La preuve se fait par titres lorsqu'on démontre la fausseté de l'acte incriminé au moyen d'autres écrits dont la sincérité et inattaquable, et qui établissent

des faits incompatibles avec la vérité des allégations qu'il contient.

2^o La preuve a lieu par voie d'enquête lorsqu'on produit des témoins qui déclarent avoir assisté à la confection du faux lorsqu'il s'agit d'un faux matériel ; ou savoir de science certaine que les choses se sont passées autrement qu'elles sont relatées dans l'acte, s'il s'agit d'un faux intellectuel. Les règles relatives à l'audition des témoins sont contenues dans le titre *des enquêtes* (1) et dans les dispositions des art. 234 et 235, C. pr.

3^o Enfin, on a recours aux experts quand il y a lieu de faire des comparaisons d'écritures, ou d'examiner si l'on n'a pas eu recours à des procédés chimiques, pour commettre le faux. — On suit, pour l'administration de la preuve par experts, les prescriptions des art. 236 et 237, C. pr., et du titre *de la vérification d'écritures* (2).

Lorsqu'à l'aide de ces différents moyens, la preuve a été faite dans un sens ou dans l'autre, et que l'instruction est achevée, on communique au ministère public l'avis des experts, le procès-verbal d'enquête et les autres pièces probantes.

Il n'y a plus alors qu'à poursuivre l'audience sur un simple avenir.

Il peut se faire cependant que le tribunal civil soit encore obligé de surseoir,

Cela se présente lorsqu'à raison des faits révélés dans l'instruction, il est établi qu'il y a des indices de faux

(1) C. pr. civ., liv. I, tit. 12.

(2) *Ibid.*, liv. II, t. 10.

ou de falsification, dont les auteurs présumés sont encore vivants, et ne sont pas couverts par la prescription de l'action pénale.

Le président du tribunal ou le ministère public doit, dans ce cas, transmettre immédiatement les pièces au procureur de la République près le tribunal de première instance du lieu où le crime a été commis, ou à celui du lieu où le prévenu pourra être saisi.

Ils ont aussi le droit de délivrer eux-mêmes contre ce dernier un mandat d'amener.

Le tribunal civil est alors obligé d'attendre, pour rendre son jugement, que la juridiction répressive ait prononcé. C'est l'application de la maxime : *Le criminel tient le civil en état.*

Il y aurait lieu de se conformer aux mêmes règles dans le cas où, au cours de l'instruction ou à tout autre moment, le ministère d'office, ou sur l'accusation du demandeur (art. 250) déférerait à la justice criminelle celui qui produit la pièce attaquée, comme auteur ou complice du faux. Même solution encore lorsque le tribunal civil statuant d'office, juge lui-même convenable de renvoyer l'affaire au criminel.

C'est ici le moment d'examiner une question importante et dont la solution présente au point de vue spécial où nous nous plaçons, un intérêt tout particulier ; il s'agit de savoir si la décision des tribunaux répressifs, en matière de faux, a une influence sur celle de la juridiction civile.

Pas de difficultés, lorsque la partie qui s'est inscrite en faux intervient au procès criminel comme partie civile ; il est évident que dans ce cas, le jugement ayant été rendu contradictoirement avec elle, produit,

quelle que soit sa nature, l'exception de la chose jugée, à son égard.

Mais que décider lorsque le demandeur en faux ne s'est pas porté partie civile ?

Deux systèmes opposés existent sur ce point :

Le premier est soutenu par Toullier (1). Pour cet auteur, le jugement rendu au criminel est sans effet contre le demandeur en faux. « Aux termes de l'article 1351, C. civ., il faut, dit-il, pour que l'exception de la chose jugée puisse être invoquée, que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité. Or, devant la justice criminelle, les parties et l'objet de la demande sont tout autres que devant le tribunal civil ; on se trouve donc complètement en dehors du cas prévu par l'art. 1351 ; et, conséquemment, le principe de l'autorité de la chose jugée n'a rien à faire ici.

Le second système est celui de Merlin (2), qui décide que la décision du tribunal criminel produit contre ou en faveur du demandeur en faux l'exception de la chose jugée.

D'après Merlin, il y aurait identité de cause, d'objet et de parties dans l'action civile et dans l'action criminelle, parce que, dit-il, « on peut considérer le ministère public, quand il agit, comme le représentant de toutes les parties. »

Nous avouons que cet argument nous semble bien

(1) TOULLIER, t. VIII, n^{os} 30 et suiv., et t. X, n^{os} 240 et suiv.

(2) Rép., au mot *chose jugée*, § 15, et Quest. de droit, au mot *faux*, § 6.

spécieux ; et c'est vraiment jouer sur les mots que raisonner ainsi. Du reste, même en admettant ce point de vue, il est constant que l'objet n'est pas le même dans les deux actions ; et que, par conséquent, Merlin n'apporte que de bien faibles motifs à l'appui de son opinion.

Nous nous y rangeons cependant ; mais en nous basant sur un ordre d'idées tout différent ; et nous pensons, avec MM. Aubry et Rau, que ce n'est pas à l'article 1351 qu'il faut demander la solution de la question.

Ces savants auteurs font remarquer avec beaucoup de raison que, pour savoir si une décision émanée d'un tribunal doit lier un autre tribunal, il faut, avant tout, s'attacher à la nature et au but de son institution : « Or, disent-ils, les tribunaux criminels ont exclusivement à toute juridiction, mission de décider s'il existe un corps de délit, si l'accusé ou le prévenu est l'auteur des faits qui lui sont reprochés comme constituant un délit, si ces faits lui sont imputables quant à l'application de la loi pénale ; et, enfin, s'ils présentent les caractères requis pour motiver l'application d'une disposition quelconque de cette loi. Les décisions qu'ils rendent sur l'une ou l'autre de ces questions jouissent d'une manière absolue, et à l'égard de toute personne indistinctement, de l'autorité de la chose jugée (1). »

De ce raisonnement parfaitement exact, d'ailleurs, il résulte que lorsqu'un arrêt de cour d'assises a déclaré une personne coupable de faux, ce serait méconnaître la nature et le but de l'institution du tribunal

(1) AUBRY et RAU, t. VIII, p. 406.

criminel que d'admettre qu'un tribunal civil pût ensuite juger que cette personne est innocente.

A cet argument, nous pouvons en ajouter d'autres plus sérieux encore :

Un premier est déduit de certaines dispositions légales. Comment s'expliquer, en effet, que les art. 3 du Code d'instruction criminelle, et 240 et 250 du Code de procédure décident que l'action criminelle est préjudicielle à l'action civile, si ce n'est pas afin que la première exerce une certaine influence sur la seconde.

Dans les cas inverses, où la loi veut que le procès civil soit préjudiciel au procès criminel, comme, par exemple, dans les questions d'état, la décision du tribunal civil lie bien les tribunaux répressifs. N'y a-t-il pas là une disposition qui appelle la réciprocité, et les art. 3 du Code d'instruction criminelle et 240 et 250 du Code de procédure ne seraient-ils pas la contre-partie de l'art. 327 du Code civil ?

Cela paraît d'autant plus probable que l'article 463, inst. Cr., prescrit la lacération des pièces déclarées fausses dans un procès criminel.

La loi, en empêchant aussi que ces pièces puissent servir ultérieurement de base à une action civile témoigne bien de son désir de faire influencer sur les décisions des tribunaux civils, les jugements rendus par les cours criminelles.

Enfin, lorsque l'art. 214, C. pr., dit que l'inscription de faux contre une pièce produite dans un procès peut être reçue, encore que ladite pièce ait été vérifiée soit avec le demandeur, soit avec le défendeur en faux, à d'autres fins que celle d'une poursuite en faux prin-

cipal ou incident, il exprime clairement qu'elle n'est pas recevable quand elle est dirigée contre une pièce déjà vérifiée avec le défendeur sur une poursuite en faux principal, quand bien même le demandeur en faux incident n'aurait été pour rien dans le procès criminel (1).

Nous glisserons sur les inconvénients qu'il y aurait au point de vue de la morale et de la raison, à faire rejuger au civil une question déjà tranchée au criminel. Il y aurait un véritable scandale à voir proclamer par les tribunaux civils, l'innocence d'un homme déjà flétri, à raison du même fait, par la juridiction criminelle ; ou à faire déclarer coupable au civil un homme absous au criminel et replacé dans la société par la justice elle même qui l'a déclaré à l'abri de tout reproche.

Ces conséquences auxquelles entraîneraient le système qui ne veut reconnaître aucun lien entre le jugement pénal et le jugement civil, suffiraient à le faire repousser, lors même qu'il ne serait pas en contradiction

(1) Nous pourrions encore citer des textes formels qui supposent aux jugements criminels l'autorité que nous soutenons leur appartenir. — C'est d'abord l'art. 198, C. civ., qui déclare que, lorsque la preuve d'une célébration légale de mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour de la célébration, tous ses effets civils. — Il faut y joindre l'art. 235 du même Code, de la disposition duquel il résulte, par *a contrario*, que, si quelques-uns des torts allégués par l'époux demandeur en divorce ou en séparation de corps, donnent lieu à une poursuite de la part du ministère public contre le défendeur, et que celui-ci soit condamné, le jugement lui est opposable, même quant à la demande civile en divorce ou en séparation.

absolue avec plusieurs dispositions légales, ainsi que nous venons de le démontrer.

Ainsi donc, la chose jugée au criminel lie les juges civils; mais cette règle doit être sagement comprise; car entendue d'une façon arbitraire, elle conduirait à des conséquences plus désastreuses encore que celles qu'elle se propose d'éviter.

La jurisprudence qui l'admet, l'a toujours interprétée dans ce sens que l'influence du jugement criminel sur le jugement civil n'existe qu'autant qu'il n'y a aucun milieu entre le fait déclaré par le premier et celui qu'on veut faire reconnaître par le second.

Ainsi, lorsque la Cour d'assises a acquitté le prétendu faussaire, en déclarant simplement qu'il n'était pas coupable d'avoir commis le faux à lui imputé, il n'y a pas de doute que l'action civile puisse être néanmoins intentée; car le verdict du jury prouve non pas que le fait est inexistant ou que l'accusé n'en est pas l'auteur, mais seulement qu'il y a eu de sa part absence d'intention criminelle. On comprend dès lors que cette absence d'intention criminelle qui soustrait l'accusé à une condamnation pénale, ne puisse le dispenser de réparer le préjudice qu'il a pu causer aux autres, dans leurs intérêts.

Nous en dirons autant du cas où l'acquittallement est fondé sur le motif que le fait n'est pas constant, ou qu'il n'est pas constant que l'accusé en soit l'auteur. — Car, bien qu'on ait essayé de soutenir que le tribunal civil est lié pour le verdict d'acquittallement, en vertu du principe : *idem non esse aut non apparere*, nous répondrons avec M. Carré (1), que cette maxime

(1) CARRÉ, *Sur l'art. 214*, C. pr.

est bonne en matière criminelle où le caractère excessivement grave des condamnations fait un devoir au juge d'acquitter lorsqu'il doute; mais ne saurait s'appliquer aux intérêts privés.

Tout au contraire, le jugement ou l'arrêt fera autorité lorsqu'il décide que le fait n'existe pas ou que l'accusé n'en est pas l'auteur. C'est qu'ici il n'y a pas de milieu entre le fait sur lequel s'est prononcée la juridiction répressive et celui qui est transmis au tribunal civil; il en serait de même, et pour les mêmes motifs, dans le cas où le prévenu aurait été déclaré coupable; il ne saurait être recevable à remettre en question la décision qui le frappe; la falsification résulte de l'arrêt; elle est et doit demeurer établie à l'égard de tous.

Revenons maintenant à l'étude de la procédure en inscription de faux; nous sommes arrivés à la :

QUATRIÈME PÉRIODE. — *Issue de la Procédure.*

Lorsque la pièce attaquée est reconnue fausse en tout ou en partie, le tribunal en ordonne, suivant les cas, la suppression, la lacération, la radiation totale ou partielle, la réformation ou le rétablissement.

La suppression ou la lacération consistent dans la destruction de l'écrit.

La radiation, employée lorsque l'acte n'est faux qu'en partie ou que, faux pour le tout, il est inscrit dans un registre renfermant d'autres actes, consiste à rayer la partie fausse dans le premier cas, ou la totalité, dans le fond.

Enfin, la réformation consiste à supprimer sur la copie les mots qui ne se trouvent pas dans la minute,

à remettre à leur place ceux qui ont été transposés ; le rétablissement, à rendre la copie conforme à l'original en y reproduisant les clauses et stipulations contenues dans la minute et omises dans la copie ; et aussi à réparer les inexactitudes provenant des ratures faites mal à propos.

C'est à la diligence du greffier qu'ont lieu ces différentes opérations ; et, afin de sauvegarder jusqu'au bout les droits des parties, l'art. 241 veut qu'il soit sur-sis de ce chef à l'exécution du jugement, tant que la partie qui a produit la pièce jugée fausse sera dans les délais pour se pourvoir soit par appel, soit par requête civile, soit par cassation, à moins toutefois qu'avant leur expiration elle n'ait formellement acquiescé au jugement.

Aux termes de l'art. 242 ; « par le jugement qui interviendra sur le faux, il sera statué, ainsi qu'il appartiendra, sur la remise des pièces soit aux parties, soit aux témoins qui les auront fournies ou représentées ; ce qui aura lieu même à l'égard des pièces prétendues fausses, lorsqu'elles n'auront pas été jugées telles ; à l'égard des pièces qui auront été tirées d'un dépôt public, il sera ordonné qu'elles seront remises aux dépositaires, ou renvoyées par les greffiers de la manière prescrite par le tribunal ; le tout, sans qu'il soit rendu séparément un autre jugement sur la remise des pièces, laquelle ne pourra néanmoins être faite qu'après le délai prescrit par l'article précédent. »

L'art. 243 permet bien au tribunal d'ordonner sur la demande des dépositaires ou des parties intéressées que la remise des pièces aura lieu plus tôt ; mais cette exception n'est relative qu'aux pièces de comparaison.

Celles prétendues fausses qui n'ont pas été reconnues telles, ne peuvent jamais être rendues avant que le jugement soit inattaquable. — Cette exception est parfaitement justifiée; sans elle, les dépositaires de ces pièces pourraient les détruire, et les juges d'appel seraient alors dans l'impossibilité de statuer sur le recours.

Il est défendu à peine d'interdiction, d'une amende de cent francs au moins, et de dommages-intérêts, aux greffiers de désobéir aux prescriptions qui les concernent; et, notamment de délivrer, si ce n'est en vertu d'un jugement, des copies des pièces prétendues fausses, tant que celles-ci demeurent au greffe. — Cette prohibition ne s'étend pas aux actes dont les originaux ou minutes sont remis au greffe; et, notamment, aux registres sur lesquels il y a des actes non argués de faux. — Les greffiers ont le droit d'en délivrer expédition aux parties qui le demandent, à moins qu'il n'ait été fait par les dépositaires des minutes, des copies figurées conformément à l'art. 203 C. Pr. et à l'art. 22 de la loi de ventôse an XI. Dans cette hypothèse, lesdits actes ne peuvent être expédiés que par les dépositaires eux-mêmes (art. 244 et 245).

Aux termes de l'art. 246, le « demandeur en faux qui succombera sera condamné à une amende qui ne pourra être moindre de trois cents francs; et à tels dommages-intérêts qu'il appartiendra ». Et « cette amende, ajoute l'art. 247, est encourue toutes les fois que l'inscription en faux ayant été faite au greffe et la demande à fin de s'inscrire admise, le demandeur s'en sera désisté volontairement ou aura succombé, ou que les parties auront été mises hors de procès soit pour

défaut de moyens ou de preuves suffisantes, soit faute d'avoir satisfait, de la part du demandeur, aux diligences et formalités prescrites ».

Enfin, notons pour terminer, la disposition de l'article 249, de laquelle il résulte « qu'aucune transaction sur la poursuite du faux incident ne pourra être exécutée, si elle n'a été homologuée en justice (1), après avoir été communiquée au ministère public, lequel pourra faire, à ce sujet, telles réquisitions qu'il jugera à propos ». C'est que, comme le faisait très justement remarquer Treilhard, il ne faut pas que les parties soient libres de faire disparaître par des conventions privées et secrètes, les traces d'un crime, et de soustraire les coupables aux peines qu'ils ont encourues.

CHAPITRE III

Des faits dont l'acte notarié ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux ; et de la preuve contraire prise en elle-même.

Le seul intitulé de notre chapitre III nous en impose la division ; comme le chapitre II, nous répartirons les matières qui en font l'objet en deux articles consa-

(1) Cette homologation est-elle exigée à peine de nullité ? L'art. 52 de l'ordon. de 1737 (titre 2, décidait affirmativement cette question ; mais le Code de procédure n'ayant pas reproduit cette sanction, on en doit conclure que la transaction non homologuée serait valable néanmoins, par application de l'art. 2046

crés, le premier aux faits dont l'acte ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux, et le second à l'étude de la preuve contraire au point de vue de sa nature et de son étendue.

ARTICLE 1^{er}

Des faits dont l'acte ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux.

Les explications que nous avons données dans le chapitre précédent au sujet des mentions qui sont prouvées jusqu'à inscription de faux nous permettront de reconnaître facilement quels sont les faits qui ne sont établis que jusqu'à preuve contraire.

Nous avons vu que ce dont l'acte notarié fait pleine foi, c'est la matérialité des faits que le notaire affirme avoir été accomplis par lui ou s'être passés en sa présence ; tout le reste de l'acte n'est donc pas prouvé jusqu'à inscription de faux ; et, telle est, par exemple la sincérité des déclarations faites au notaire par les parties.

Nous pourrions, si nous ne craignons de nous répéter, faire sentir combien cette distinction est juste, puisque c'est la confiance que la loi accorde au témoi-

C. civ., qui permet de transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un crime ou d'un délit ; mais il est certain qu'en tout cas, la suppression ou la réformation de la pièce ne pourrait avoir lieu qu'après l'homologation ; et cela pour la même raison qui veut que la transaction sur la poursuite de faux incident soit communiquée au ministère public.

gnage de l'officier public qui donne une force probante si considérable à ses déclarations, et que, d'autre part, la sincérité des parties n'est évidemment pas un fait que le notaire ait mission et même possibilité de contrôler, et partant, de constater.

Mais nous pensons avoir suffisamment insisté sur ce point au cours de nos précédentes explications pour n'avoir pas besoin d'y revenir à présent.

L'art. 1319, il est vrai, se sert des mots *pleine foi* pour indiquer la force probante de l'acte authentique, et ne fait aucune distinction entre les diverses affirmations qui peuvent résulter de l'acte. Mais nous savons que son langage est inexact, et il serait absolument oiseux d'arguer des termes qu'il emploie pour soutenir que la sincérité des déclarations des parties est prouvée d'une façon aussi absolue que les faits dont le notaire se donne comme le témoin. Personne ne met plus ce point en discussion, et la doctrine comme la jurisprudence sont unanimes à reconnaître que la sincérité des déclarations des parties peut toujours être combattue par la preuve contraire « et que cette preuve peut même résulter de simples présomptions, quand il s'agit d'établir une fraude à la personne ou à la loi (1) ».

Du reste, c'est là une force probante qui est déjà par elle-même fort appréciable ; car elle donne à celui qui allègue contre la personne avec qui il a traité ou même contre un tiers, un fait juridique constaté par acte notarié, l'avantage énorme de n'avoir rien à prouver ; de sorte que c'est à l'adversaire qu'incombe le fardeau de

(1) Rejet. cassat. 22 novembre 1869. — DALLOZ, 1870, 1, 273.

la preuve, et que, tant que cette preuve n'est pas faite, le juge doit tenir le fait pour constant.

Par application de ces principes, la Cour de Bruxelles a, dans un cas où l'on contestait la sincérité d'un paiement que l'acte mentionnait comme ayant été fait en présence du notaire, autorisé l'interrogatoire sur faits et articles de celui qui invoquait l'acte comme faisant foi du paiement jusqu'à inscription de faux. Celui-ci s'appuyait sur l'art. 1341, qui dispose qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins outre et contre le contenu aux actes. — La Cour répondit que cette disposition ne reçoit pas d'application à l'interrogatoire sur faits et articles, puisque l'art. 324 du Code de procédure statue que les parties peuvent toujours, en toute matière, se faire interroger respectivement sur faits et articles pertinents (1).

Cela est vrai; mais il n'était pas même nécessaire d'invoquer l'art. 324, C. pr.; l'art. 1341 n'a trait, en effet, qu'au cas où l'on voudrait prouver outre ou contre l'acte; et ici ce n'était pas le cas, puisqu'on discutait un point que l'acte ne pouvait pas constater, le notaire n'étant pas capable lui-même de sonder la conscience des parties contractantes.

Du reste, remarquons-le bien, en déclarant qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins outre et contre le contenu aux actes, l'art. 1341 ne fait pas autre chose que reproduire l'ancienne maxime : *Lettres passent témoins*. Or, le principe de l'art. 1341 n'est pas absolu; les art. 1348 et 1353, d'une part, et l'art. 1347, de l'autre, viennent y apporter deux importantes déroga-

(1) Bruxelles, 30 mai 1840. — PASICRISIE, 1841, II, 88.

tions : les premiers, en déclarant la preuve testimoniale, et partant, les présomptions indéfiniment admissibles, lorsque le créancier n'a pas pu se procurer une preuve littérale ; le second, en autorisant l'usage des mêmes modes de preuve toutes les fois que celui qui veut s'en servir a un commencement de preuve par écrit.

On le voit : l'art. 1341 ne saurait, dans tous les cas, mettre obstacle à ce que l'on pût prouver, même par témoins, contre et outre un acte authentique ; on ne pourra l'invoquer que, dans le cas où les parties auraient pu et dû se procurer une preuve littérale du fait contesté, en le déclarant au notaire.

« C'est ainsi, dit M. Larombière (1), que le caractère authentique de l'acte ne fait pas obstacle à ce que l'on puisse, sans inscription de faux, prétendre que la convention a été modifiée, bien que l'acte ne le mentionne pas ou énonce le contraire, par des clauses particulières qui ont été stipulées, pour y déroger, avant, lors ou depuis cet acte. »

« Le débiteur sera donc autorisé à prouver qu'il a terme pour le paiement, que sa dette est soumise à une condition suspensive ou résolutoire, qu'il ne doit pas d'intérêts ou qu'il les doit à un taux moindre ; que le montant de son obligation doit être réduit, bien que l'acte authentique, qui constate l'engagement, garde, sur ces divers points, un silence complet ou contienne des mentions expressément contraires. »

Mais, bien entendu, ces faits sont de ceux que les parties pouvaient et devaient déclarer au notaire pour

(1) *Théorie et pratique des Obligat.*, n° 11, de l'art. 1319.

s'en procurer une preuve littérale; l'art. 1341 sera donc applicable, et la preuve testimoniale ne pourra être administrée.

Nous n'avons pas, bien entendu, la prétention de passer ici en revue les mille hypothèses diverses qui peuvent se présenter relativement à la question que nous traitons. Nous en indiquerons néanmoins quelques-unes choisies parmi les espèces les plus typiques, ce qui nous permettra de bien nous rendre compte de l'importance pratique de notre sujet.

Examinons d'abord les cas où il y a vice du consentement.

Les vices du consentement ne concernent que la validité de la convention; ils n'ont aucun rapport avec la force probante de l'acte. Mais nous ne pouvons nous dispenser d'en dire quelques mots, à cause de la confusion que nous rencontrons à chaque instant dans la jurisprudence, entre la foi due à l'acte, quant à la matérialité des déclarations qu'il rapporte, et sa force probante quant à la valeur intrinsèque de ces déclarations. Cela est de toute évidence : le notaire enregistre les déclarations des parties telles quelles; il ne peut s'assurer que les contractants n'agissent pas sous l'empire de l'erreur, du dol ou de la violence; et, du reste, lors même qu'il s'en assurerait, ses déclarations à cet égard dans l'acte, ne sauraient avoir pleine foi, car elles n'auraient pas trait à des faits qu'il rentre dans sa mission de constater.

A ce point de vue donc, il est certain que l'erreur, le dol ou la violence peuvent être établis par la preuve contraire.

Nous avons dans ce sens de nombreux arrêts de ju-

risprudence, mais la plupart d'entre eux, s'ils sont bien rendus au fond, invoquent, pour motiver leurs décisions, des considérations qui n'ont pas toujours un rapport bien intime avec les véritables principes.

Un cas de violence a été jugé par la Cour suprême, dans les conditions suivantes : « En 1813, un notaire se rend adjudicataire de montagnes, en nature de pâturage, d'une grande utilité aux habitants d'une commune. En 1814, un acte de cession intervint entre l'acquéreur et plusieurs habitants de Bagnères qui rachetèrent ces montagnes au prix de l'adjudication. Dix ans plus tard, le notaire demanda l'annulation de la cession pour cause de violence exercée contre lui par les habitants de la commune qui, disait-il, lui avaient arraché de force son consentement.

La cession fut annulée par la cour de Toulouse. Pourvoi en cassation pour violation des art. 1319 et 1353 ; ce dernier, disaient les demandeurs, permettant d'attaquer un acte en se fondant sur des présomptions pour cause de dol, mais non pour cause de violence.

La cour suprême rejeta le pourvoi ; c'était bien jugé ; mais les motifs qu'elle donne sont constestables :

Sur le motif tiré de l'art. 1353, elle répond en invoquant l'antique théorie romaine aux termes de laquelle si le dol n'a pas toujours le caractère de violence, la violence a toujours le caractère de dol ; sur le motif tiré de l'art. 1319, en faisant observer qu'il ne s'agit pas d'un fait que le notaire atteste *de visu et auditu* (1).

Certes, ces raisons ne sont pas fausses en elles-mêmes, mais elles n'ont trait que bien indirectement

(1) Rejet, 5 février 1828. — DALLOZ, *Obligat.*, n° 193.

à l'espèce en cause ; et les principes du droit ainsi que les textes du Code en fournissaient de bien préférables. Il suffisait de faire observer : 1° que la violence étant un vice qui affecte la convention, et non la force probante de l'acte, l'art. 1319 n'avait rien à faire ici ;

2° Que la violence peut toujours se prouver par témoins, parce que, par sa nature même, elle répugne à l'idée que celui qui en est victime ait pu se procurer une preuve littérale ; et que, par conséquent, on tombe sous le coup de l'exception édictée par l'art. 1348, dont l'art. 1353 n'est qu'une application.

Voilà pour la violence ; quant au dol, il est non moins certain qu'il peut toujours être établi par la preuve contraire ; et cela est bien naturel, puisque l'inscription de faux n'est exigée que lorsqu'il s'agit de l'acte, et non pas lorsqu'on attaque la convention. La jurisprudence l'a, du reste, toujours admis. Ce que nous devons aussi noter, c'est qu'en matière de dol, la preuve contraire pourra toujours être administrée à l'aide de témoignages et même de simples présomptions. C'est que, comme dans le cas de violence, plus même que dans ce cas, la partie victime du dol ne peut jamais avoir eu les moyens de se procurer une preuve littérale que celui qui l'a trompée se serait bien gardé de lui fournir. D'ailleurs, les art. 1348 et 1353 ne laissent aucun doute à cet égard.

La simulation, elle aussi, peut être établie par la preuve contraire ; nous ne reviendrons pas sur ce point que nous avons déjà étudié antérieurement et qui résulte directement des principes généraux posés par nous dans notre premier chapitre. Quant à savoir quelle sera la nature des modes de preuve admissibles,

en cas de simulation, nous renvoyons l'étude de cette question à notre art. II, sur la preuve contraire prise en elle-même ; disons toutefois, dès à présent, que nous serons amenés à faire des distinctions suivant les personnes qui cherchent à prouver la simulation, distinctions que la jurisprudence n'a pas toujours aperçues, ainsi qu'il résulte de plusieurs arrêts qui sont loin d'être à l'abri de toute critique. Nous y reviendrons bientôt.

ARTICLE II

Que faut-il entendre par preuve contraire ?

Nous avons déterminé dans le précédent article quels sont, dans un acte authentique, les faits qui peuvent être combattus par la preuve contraire ; nous avons reconnu que les principaux d'entre eux sont l'erreur, le dol, la violence, c'est-à-dire les causes qui vicient le consentement ; et enfin la simulation qui peut être simple ou frauduleuse.

Tous ces faits peuvent être établis, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'inscription de faux ; la preuve contraire suffit.

Mais que faut-il entendre par preuve contraire ? Sera-ce toute preuve quelconque, et déciderons-nous que les juges auront, pour admettre les divers moyens, toute liberté d'appréciation ? Non, évidemment ; on sent combien un pareil système ouvrirait la porte à l'arbitraire ; et c'est surtout lorsqu'il s'agit de contester des conventions constatées dans des actes authentiques,

qu'il faut éviter de se montrer trop facile dans l'admission des modes de preuve.

Faudra-t-il, en sens inverse, limiter de la façon la plus étroite les voies ouvertes aux intéressés pour attaquer les conventions relatées dans les actes notariés, et exiger, par exemple, qu'ils ne produisent à l'appui de leurs prétentions que les preuves écrites les plus irréfragables ?

Pas d'avantage, car en agissant ainsi, on leur rendrait le plus souvent impossible la preuve de ce qu'ils avancent; et il importe, pourtant, qu'ils ne se trouvent pas lésés sans recours.

Que déciderons-nous donc, et comment déterminerons-nous ce qu'il faut entendre par preuve contraire ?

Nous avons fort heureusement un texte pour nous guider : lorsque, dans l'art. 1352, le Code décide que « nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi quand, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire; » il entend par preuve contraire, la preuve de droit commun.

Il n'y a aucun motif pour que nous ne donnions pas le même sens aux expressions de preuve contraire, dans le cas qui nous occupe.

C'est là, du reste, une solution toute logique ; lors, en effet, que la loi n'a pas tracé, en matière de preuve, des règles spéciales pour un cas particulier, il est juste et naturel de recourir au droit commun. C'est le droit commun que l'on doit observer toutes les fois que la loi n'y déroge pas expressément ; or, ce n'est évidemment pas y déroger que de dire, en termes généraux, que la preuve contraire est admise.

Il faut donc nous reporter aux principes que la loi a posés en matière de preuve : ils sont formulés dans les art. 1341, 1347 et 1348 ; de ces articles combinés, il résulte :

1^o Que la loi admet toujours la preuve littérale ;

2^o Qu'elle rejette en principe la preuve testimoniale et les présomptions ;

3^o Qu'elle les autorise dans deux cas : lorsque la partie intéressée a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, et lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. C'est donc dans ces limites extrêmes que pourra être administrée la preuve contraire, dans l'hypothèse qui nous occupe. C'est à nous maintenant de développer les principes qui résultent de ce que nous venons de dire.

MM. Aubry et Rau s'expriment ainsi, dans le § 755 de leur cours de droit civil français (1) : « Celui qui argue de simulation une convention, une disposition ou une déclaration quelconque, contenue dans un acte authentique, ou qui prétend que la convention a été modifiée par des clauses accessoires qui ne se trouvent pas exprimées dans l'acte, peut faire interroger son adversaire sur faits et articles, ou lui déférer le serment litis-décisoire. Il est également autorisé, lorsqu'il possède un commencement de preuves par écrit, à prouver par témoins le fait de la simulation ou l'existence des clauses accessoires qu'il allègue. Bien plus, s'il s'agit d'une simulation qui implique une fraude à la personne ou à la loi, l'existence peut en être établie, même sans commencement de preuve par écrit, soit

(1) T. VIII, p. 213.

au moyen d'une enquête, soit à l'aide de simples présomptions, non seulement par les tiers, mais encore par l'une des parties qui a figuré dans l'acte. C'est ainsi, par exemple, que le débiteur, poursuivi en exécution d'une obligation qu'il prétend être entachée d'usure, est admis à établir, au moyen de simples présomptions, la simulation de la numération et de la remise d'espèces constatées dans l'acte. »

Les principes posés dans le passage que nous venons de rapporter ont été affirmés à nouveau dans un remarquable arrêt de la Cour de cassation, rendu d'ailleurs sur le rapport de M. Rau, l'un des deux auteurs du cours de droit civil, dont nous venons de citer un fragment.

L'arrêt (1) pose d'abord une première distinction entre les parties et les tiers. Ceux-ci peuvent toujours invoquer la preuve testimoniale, et, partant, les présomptions. Cette solution n'est pas autre chose que l'application de l'art. 1348 : celui-ci, on s'en souvient, permet d'admettre la preuve testimoniale, par exception aux prohibitions de l'art. 1341, toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale du fait juridique qui fait l'objet du litige.

Or c'est bien là le cas des tiers qui, étrangers à l'acte, n'en ont pas eu connaissance, et, en tout cas, n'ont pu se procurer une preuve littérale de la simulation. Il n'y a pas à distinguer si la simulation est ou non frauduleuse ; la Cour a pris soin de le dire ; mais elle aurait mieux fait de n'en pas parler ; car ce

(1) Rejet, 31 juillet 1872. — DALLOZ, 73, I, 340.

qui rend, aux termes de l'art. 1348, la preuve testimoniale admissible, ce n'est pas le caractère plus ou moins frauduleux de la convention attaquée, c'est le fait que l'on n'a pu se procurer une preuve écrite. Il y a là, on s'en aperçoit facilement, deux ordres d'idées tout à fait différents et entre lesquels aucun rapprochement n'était à faire.

La Cour ajoute que les tiers peuvent prouver la simulation sans être tenus de justifier de l'antériorité de leurs droits ; cette justification n'est, en effet requise que pour l'exercice de l'action paulienne ; or, dans l'espèce, les tiers n'attaquent pas la convention comme faite en fraude de leurs droits ; ils demandent seulement à prouver que la convention constatée dans l'acte est simulée, et qu'une autre convention qui, celle là, est la véritable, est intervenue entre les parties.

Enfin, la Cour dit que les tiers peuvent prouver la simulation par des présomptions.

Ceci encore allait de soi, puisqu'aux termes de l'art. 1353, les simples présomptions sont admises dans tous les cas où la loi admet la preuve testimoniale.

Ainsi, en résumé, pour les tiers, possibilité dans tous les cas, de recourir à la preuve testimoniale et, par conséquent, aux présomptions.

Voyons maintenant pour les parties :

Quant à celles-ci, le même arrêt formule nettement le principe : « Entre les parties, dit-il, qui ont figuré dans un acte, la simulation dont exciperait l'une d'elles ne peut, en l'absence de tout commencement de preuve par écrit et en dehors du cas de fraude à la loi, être établie par témoins ou à l'aide de simples présomptions. » — La Cour se montre, on le voit, plus sévère

pour les parties contractantes que pour les tiers ; et cela se conçoit. Pourquoi, en effet, accordons-nous aux tiers la possibilité d'administrer en tout cas la preuve testimoniale ? Parce qu'ils ont été dans l'impossibilité de se procurer une preuve par écrit. Mais lorsqu'il s'agit de parties contractantes, en est-il de même ? Non : évidemment, elles ont concouru à la confection de l'acte ; elles pouvaient et elles devaient donc se ménager, au moyen d'une contre-lettre, une preuve littérale de la convention réelle qui était intervenue entre elles : l'art. 1321 le leur permet. Elles sont donc coupables si elles ne l'ont pas fait, et l'on doit, à leur égard, appliquer strictement le principe de l'art. 1341 aux termes duquel il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu des actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs.

Remarquons-le bien, toutefois : Si l'art. 1348 est inapplicable à l'égard des parties, celles-ci peuvent se prévaloir de la dérogation à l'art. 1341 qui résulte de l'art. 1347 ; et, par conséquent, elles seront reçues à faire la preuve par témoins, s'il existe un commencement de preuve par écrit.

De même, si la simulation est frauduleuse, la partie qui invoque la fraude peut la prouver par témoins ; mais pour cela il faut que cette partie soit elle-même victime de la fraude, car alors, on retombe dans l'hypothèse prévue par l'art. 1348, celui qui a commis la fraude s'étant bien gardé de laisser, en faisant une contre-lettre, un moyen à sa victime d'avoir une preuve contre lui.

Enfin, la Cour de cassation déclare que la preuve

testimoniale doit toujours être admise dans le cas de fraude à la loi. Cette décision repose sur un autre ordre d'idées : c'est qu'il ne faut pas que les particuliers puissent enfreindre les lois qui ont été portées dans un intérêt général.

Si donc nous résumons les principes relatifs à l'administration de la preuve, en ce qui concerne les parties contractantes, comme nous l'avons fait pour les tiers, nous dirons :

Qu'en principe la preuve littérale est seule admise ; que néanmoins la preuve testimoniale et, par suite, les présomptions, le sont aussi :

1^o Lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, par application de l'art. 1347 ;

2^o En cas de simulation frauduleuse, lorsque la partie est victime de la fraude, par application de l'art. 1348 ;

3^o Lorsqu'il y a fraude à la loi, par application de cette idée que les particuliers ne peuvent déroger aux principes d'ordre public.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que de la preuve écrite et de la preuve testimoniale ; mais il y a encore l'aveu et le serment qui sont de droit commun.

Nul doute, par conséquent, qu'on ne puisse y avoir recours dans le cas qui nous occupe : chaque partie peut toujours faire interroger l'autre sur faits et articles, et, si la partie interrogée fait un aveu, cet aveu fera pleine foi contre elle. Nous en dirons autant du serment, qui pourra par conséquent être invoqué pour prouver la simulation contre le contenu en l'acte.

Les principes que nous venons d'exposer sont généralement admis par les auteurs ; nous les trouvons

plus ou moins nettement formulés dans Toullier, Merlin, Duranton, Aubry et Rau, Demolombe, Laurent, Moulon, Demante ; ils ne sont du reste que la solution qu'indiquent le bon sens et la logique, et nous pouvons les résumer, du moins en ce qui concerne l'admissibilité de la preuve testimoniale, par ces quelques mots que nous empruntons à M. Larombière, dans son commentaire de l'art. 1348 : « Le principe qui doit servir de règle se trouve posé en tête de notre article : Le créancier a-t-il pu, oui ou non, se procurer une preuve littéraire? — Voilà toute la question, et elle se reproduit incessamment » (1).

Malheureusement la jurisprudence n'a pas toujours su, dans les espèces qui lui étaient soumises, distinguer exactement le moment où la preuve testimoniale devenait admissible ; parfois même elle a confondu les cas où il y avait lieu à inscription de faux avec ceux où la preuve contraire est suffisante. Nous ne pouvons nous dispenser de citer, en terminant ce chapitre, quelques-uns de ces arrêts ; la critique que nous en ferons achèvera de nous mettre à même de résoudre sûrement toutes les questions de ce genre qui peuvent se présenter devant les tribunaux.

Nous rencontrons d'abord un arrêt de la cour de Metz (2), décidant que la simulation simple ne peut être opposée par les parties contractantes contre ce qui est dit dans l'acte authentique. On s'appuie, pour le soutenir, sur la vieille maxime : *contra testimonium scriptum, non fertur testimonium non scriptum*, ma-

(1) LAROMBIÈRE, t. V, p. 145.

(2) Metz, 3 janvier 1811. — DALLOZ. *Obligat.*, n° 1033-4°.

xime reproduite dans l'art. 1341, C. civ., et que l'on semble considérer comme une des bases de l'ordre social. Nous n'avons pas besoin d'insister pour faire remarquer ce que de pareils motifs ont de faible ; l'arrêt semble en outre faire abstraction des dispositions des art. 1347 et 1348, qui déterminent d'une façon fort judiciaire la portée de l'art. 1341. Si, du reste, on veut invoquer l'ordre social, il nous semble qu'il a une base plus large que l'adage : « lettres passent témoins » ; c'est ce principe de droit qui veut avant tout que les vraies conventions des parties soient respectées, et que la réalité l'emporte sur l'apparence, et non l'apparence sur la réalité.

Voici un autre arrêt de la Cour de Paris, du 7 décembre 1814 (1), qui déclare que la foi due aux actes authentiques ne peut être détruite par la preuve testimoniale et les présomptions qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit, et qu'en l'absence de ce commencement de preuve, le demandeur n'est pas recevable à attaquer la simulation, encore qu'il ait été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. Le demandeur était, bien entendu, dans l'espèce, une des parties contractantes. La Cour de Paris ne paraît pas avoir songé aux dispositions de l'art. 1348.

On ne serait du reste pas fondé à soutenir que cet article n'a jamais lieu d'être invoqué lorsque c'est une des parties contractantes qui attaque la simulation, parce que, lorsque celle-ci est commise entre les parties et de leur consentement, elles peuvent toujours s'en procurer une preuve littérale à l'aide d'une contre-

(1) DALLOZ, *Obligat.*, n° 3104-2°

lettre. — Le contraire peut parfaitement arriver, et la partie au préjudice de laquelle la simulation a eu lieu n'y a peut-être consenti que parce qu'elle se trouvait dans une position qui l'obligeait à accepter toutes les conditions que l'autre partie lui imposait. Ainsi, par exemple, dans le cas où une vente est rescindable pour cause de lésion, le prix réel peut être de beaucoup inférieur au prix porté dans l'acte, et l'on conçoit fort bien que le vendeur obligé, par sa situation de détresse, de vendre à tout prix, n'ait pu obtenir une contre-lettre de l'acheteur peu scrupuleux qui n'a précisément fait porter dans l'acte un prix supérieur que pour se soustraire à l'action en rescision pour cause de lésion.

La Cour de cassation a, du reste, en 1869, consacré les vrais principes, en déclarant que la preuve contraire, en cas de simulation, peut résulter de simples présomptions, alors qu'il s'agit d'établir une fraude à *la personne* ou à la loi (1).

Dernière espèce : Une mère vend à son fils tous ses biens pour 32,816 francs, dont 30,000 fr. pour les immeubles et le reste pour les meubles. L'acte notarié porte que 2,816 fr. ont été payés comptant en présence du notaire et des témoins, ainsi que 10,000 fr. en à compte sur le prix des immeubles, et qu'à l'égard des 20,000 francs restants, l'acquéreur s'en est libéré en effets négociables. Par un acte postérieur, la mère donne quittance à son fils de cette somme, en déclarant qu'elle l'a reçue en espèces.

Après sa mort, ses filles attaquèrent la vente comme n'étant qu'une donation déguisée.

(1) Rejet, 22 novembre 1869. — DALLOZ, 70, I, 273.

Le premier juge l'ayant annulée, appel fut interjeté par le fils, et la Cour de Bordeaux infirma le jugement en déclarant la vente valable, parce que, dit l'arrêt, les faits établis par l'acte de vente et de quittance, étant établis par des actes authentiques, doivent être considérés comme certains, tant que les actes, qui les attestent, ne sont pas détruits par les voies légales.

En conséquence, la Cour écarte les présomptions comme inadmissibles; car, dit-elle, la preuve testimoniale elle-même n'est pas admise, aux termes de l'article 1341, contre et outre le contenu aux actes.

Il y a là, ce nous semble, une véritable confusion de tous les principes.

Que vient faire ici la circonstance que les faits constatés par l'acte de vente et la quittance sont établis dans des actes authentiques? Est-ce que, l'on contestait le fait matériel des paiements? Nullement; on prétendait seulement qu'ils étaient simulés; il n'y avait donc pas besoin, pour soutenir cette prétention, de détruire les actes qui les attestaient par les voies légales.

En outre, du moment où la preuve contraire était admissible, elle pouvait, dans l'espèce, être administrée à l'aide de témoignages et même de simples présomptions, puisque, aux termes de l'art. 1348, ces moyens sont autorisés lorsqu'il y a eu, pour le demandeur, impossibilité de se procurer une preuve littérale de la simulation; et c'était bien le cas ici, car les filles, étrangères à l'acte de vente, n'étaient que des tiers, et n'avaient pu se prémunir contre la prétendue vente qui avait pour but de les dépouiller.

Aussi l'arrêt fut-il cassé par un arrêt de la Cour de

cassation, du 10 juin 1816 (1), qui, tout en rétablissant la vérité, a néanmoins le tort de faire lui-même une distinction entre les parties et les tiers auxquels, contrairement aux véritables principes, il accorde exclusivement le droit d'établir la fraude par de simples présomptions.

Hâtons-nous, du reste, d'ajouter que, depuis longtemps déjà, la Cour suprême est revenue aux véritables principes qu'elle semblait avoir quelque peu abandonnés, et que tous les arrêts rendus récemment par elle sur la matière qui nous occupe, consacrent de la façon la plus absolue les règles que la doctrine avait tracées. Nous n'en voulons pour preuve que l'arrêt du 22 nov. 1869 cité plus haut et auquel nous pouvons en joindre un du 14 juillet 1874 (2), qui déclare formellement que l'on peut établir, par les présomptions offrant le caractère de preuve, que l'ouverture de crédit constatée par acte notarié n'a pas été établie par des versements effectifs, et que les énonciations contraires de l'acte étaient mensongères et destinées à simuler des droits n'ayant pas d'existence légitime.

Citons enfin un arrêt de rejet du 19 déc. 1877 (3), dans lequel sont parfaitement distinguées les mentions qui, dans un acte notarié, font foi jusqu'à inscription de faux, et celles qui peuvent être combattues par la preuve contraire.

Il s'agit d'un acte de vente d'immeubles portant que le prix a été payé antérieurement et hors de la vue du

(1) DALLOZ, *Obligat.*, n° 3114-4°.

(2) DALLOZ, 1875, I, 87.

(3) SIREY, 1878, I, 169.

notaire. — Les vendeurs refusèrent de livrer les immeubles, sous prétexte que l'acte devait contenir simplement une obligation hypothécaire et non une vente, et que le notaire ne leur ayant pas donné lecture de cet acte, ils n'avaient pu constater son erreur. Ils soutenaient, en même temps, que la déclaration relative au paiement antérieur du prix n'était pas sincère, et que partie seulement de ce prix avait été payée par l'acheteur.

Celui-ci les ayant assignés en justice pour les contraindre à lui remettre les immeubles vendus, ils demandaient à prouver, indépendamment de toute inscription de faux, leurs prétentions.

La Cour de Poitiers rejeta leurs conclusions ; d'où pourvoi devant la Cour de cassation.

Celle-ci, sur les conclusions conformes du ministère public, rejeta le pourvoi ; son arrêt porte que si l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux des faits qui y sont énoncés comme s'étant passés en sa présence ou ayant été accomplis par lui, il en est autrement des déclarations des parties consignées dans l'acte authentique et portant sur des faits qui se sont passés hors de la présence de l'officier public, et que la sincérité de ces déclarations peut, en conséquence, être combattue par la preuve contraire.

Dès lors, les demandeurs ne cherchant pas à établir que l'acte fût le produit du dol et de la fraude, mais s'attaquant à l'œuvre du notaire en elle-même, en soutenant qu'ils avaient consenti non une vente, mais une obligation hypothécaire, et que le notaire ne leur avait jamais donné lecture d'un acte de vente, ils

ne pouvaient être admis à en faire la preuve que par la voie de l'inscription de faux.

Quant au fait que la déclaration du paiement du prix était simulée, il pouvait être établi au moyen de la preuve contraire, car il ne s'agissait plus ici que de la sincérité des déclarations des parties et nous savons que l'acte notarié n'en fait pas pleine foi.

Nous avons, par l'examen de cet arrêt aussi correct au fond que dans la forme, terminé notre chapitre III ; nous allons passer, dans le suivant, à l'étude des énonciations.

CHAPITRE IV

Des énonciations

Outre le fait juridique qui forme spécialement la matière de la convention ou de la disposition principale d'un acte, celui-ci, qu'il soit authentique ou sous-seing privé, renferme parfois des mentions sous forme de reconnaissances ou de relations qui n'ont trait que d'une façon très indirecte à l'objet de l'acte, ou, pour mieux dire, sans lesquelles la convention pourrait parfaitement exister.

On désigne, dans le langage juridique, ces mentions sous le nom d'*énonciations*, par opposition aux *dispositions* ou *dispositif*, expression qui sert à désigner le fait juridique que les parties ont voulu constater dans l'écrit afin d'en avoir une preuve littérale.

Comme le fait très judicieusement remarquer M. La-

rombière, dans son Commentaire de l'art. 1320 (1), ce qui caractérise les énonciations, c'est qu'elles sont purement unilatérales, au moins dans leur expression. Elles sont faites sans que l'autre partie y consente, y adhère, en prenne ou en donne acte par son acceptation formelle. Il résulte des termes de l'art. 1320, qu'il faut distinguer deux sorte d'énonciations : les unes ont un rapport direct avec la disposition, les autres y sont étrangères.

Quelle va être la force probante des énonciations ? Le même article nous répond que les énonciations qui ont un rapport direct avec l'acte font foi entre les parties, mais que les énonciations étrangères à l'acte ne peuvent servir que d'un commencement de preuve par écrit.

Ainsi nous semblons pouvoir conclure de là qu'il y a une grande différence entre la force probante des deux sortes d'énonciations ; mais que, quel que soit le degré de cette force probante, elle n'existe jamais qu'entre les parties et est nulle à l'égard des tiers.

Il y a donc lieu de diviser nos études en deux articles ; dans le premier nous examinerons la théorie du Code sur la force probante des énonciations entre les parties ; dans le second nous rechercherons si, réellement, les énonciations n'ont aucune force probante à l'égard des tiers.

(1) LAROMBIÈRE, *Obligat.*, t. IV, p. 269.

ARTICLE PREMIER

De la force probante des énonciations entre les parties

La distinction établie par l'art. 1320 entre les deux sortes d'énonciations est extrêmement rationnelle, car elle repose sur le degré d'attention que la partie dont n'émane pas l'énonciation a accordé aux énonciations de l'autre.

Cette distinction n'est pas nouvelle, par cela même que ses motifs existaient autrefois comme aujourd'hui : le Code l'a empruntée à Pothier qui l'explique et la justifie par les mêmes raisons. Avant de l'éclaircir à l'aide d'exemples, nous pouvons d'ores et déjà indiquer le caractère auquel on reconnaîtra l'espèce de l'énonciation. On l'appréciera surtout par l'intérêt que la partie à qui on l'oppose avait à empêcher son insertion dans l'acte. Plus cet intérêt est sensible, plus il est évident que l'énonciation a un rapport direct avec la convention ou la disposition principale dont elle modifie les effets.

Des exemples vont mieux encore nous faire comprendre ; nous choisirons ceux que Pothier donne lui-même.

Au n° 736 de son *Traité des obligations*, l'illustre jurisconsulte s'exprime ainsi : « Si quelqu'un, par un acte, passe reconnaissance d'une rente en ces termes : *Reconnait qu'une telle maison par lui possédée est chargée envers Robert, présent, de tant de rente par chacun an, dont les arrérages ont été payés jusqu'à ce*

jour, et, en conséquence, s'oblige de la lui continuer ; ces termes : dont les arrérages ont été payés, quoiqu'ils ne soient qu'énonciatifs, et qu'il ne soit pas exprimé que Robert reconnaît les avoir reçus, font néanmoins foi du paiement contre Robert, partie à l'acte, parce qu'ils ont trait au dispositif de l'acte, et qu'il devait être question dans l'acte de ce qui était effectivement dû des arrérages de cette rente. »

Et ajoutons aussi : parce que l'énonciation relative au paiement des arrérages jusqu'au jour de la reconnaissance, touchait trop directement aux intérêts de Robert pour qu'on puisse supposer qu'il eût laissé passer sans protester, cette mention, si elle avait été mensongère.

Ainsi, dans une quittance d'intérêts ou d'à-compte, il est énoncé que les intérêts antérieurs ont été acquittés, que le capital a été réduit par l'effet d'une remise ou d'un paiement ;

Dans un titre nouvel de rente, il est porté que les arrérages ont été payés jusqu'à telle époque (c'est le cas cité par Pothier) ou que le capital originaire a été réduit par suite d'un remboursement partiel ;

Dans une quittance il est dit que les intérêts antérieurs ont été capitalisés avec le principal de la dette qui a été augmenté d'autant ;

Dans une vente, il est mentionné dans la partie relative au paiement du prix, que le vendeur est débiteur envers l'acquéreur d'une certaine somme actuellement exigible ou non exigible ;

Dans toutes ces hypothèses et autres semblables, il est évident que la partie à qui l'on oppose l'énonciation avait intérêt à ne pas la laisser insérer, puisqu'elle

tendait à établir un fait qui restreignait son droit ou aggravait son obligation. L'absence de contradiction, de protestation ou de réserve de sa part emporté la présomption naturelle qu'elle y a donné son adhésion et en a reconnu l'exactitude (1).

Voulons-nous maintenant un exemple d'énonciation étrangère à la disposition ?

Pothier nous en fournit un au n° 737 : « Si, dit-il, dans le contrat de vente d'un héritage que Pierre m'a faite, il est énoncé *que cet héritage lui vient de la succession de Jacques*, un tiers qui, comme héritier en partie de Jacques aura donné contre moi la demande en revendication de sa portion en cet héritage, ne pourra pas, pour fonder sa demande, prouver par cette seule énonciation qui se trouve en mon contrat, que cet héritage était effectivement de la succession de Jacques, quoique je sois partie en l'acte où se trouve cette énonciation ; parce qu'elle est absolument étrangère à la disposition de l'acte, et que je n'avais pour lors aucun intérêt à m'opposer à cette énonciation. » Pothier, par ces dernières expressions : « Je n'avais pour lors aucun intérêt de m'opposer à cette énonciation, » nous indique très bien le caractère auquel on reconnaîtra si l'énonciation avait ou non un rapport direct à la disposition. Il est évident, en effet, qu'on ne peut, dans le cas qui nous occupe, dire comme dans l'hypothèse précédente qu'en ne protestant pas contre l'énonciation, j'en ai fait contre moi-même une arme pour les tiers : Si je n'ai pas protesté, c'est que je ne

(1) Cf. LAROMBIÈRE, *Com. de l'art.* 1320. — AUBRY et RAU. t. VI, § 755. — DEMANTE, t. V, p. 540, n° 282 bis, XII.

pouvais prévoir qu'un jour on chercherait à m'inquiéter à ce sujet ; si j'ai gardé le silence, c'est que je n'ai prêté aucune attention à une mention qui devait m'être fort indifférente ; et l'on ne saurait induire de ce silence la preuve de mon consentement. L'énonciation ne pourra donc avoir qu'un seul effet : rendre vraisemblable le fait allégué et servir de commencement de preuve par écrit.

Ainsi, pour le Code comme pour Pothier, les énonciations font entre les parties, pleine foi si elles ont un rapport direct avec le dispositif ; elles ne peuvent, au contraire, servir que de commencement de preuve par écrit (1) dans le cas où elles lui sont étrangères.

Dumoulin qui, avant Pothier, avait examiné la question, l'avait résolue avec une sagacité bien plus grande en ne distinguant pas les énonciations qui ont un rapport direct avec le dispositif, de ce dispositif lui-même (2). Pour lui, l'énonciation directe n'est pas autre chose qu'une disposition incidente, et il a parfaitement raison ; car si nous avons dit en commençant avec M. Larombière que les énonciations sont purement unilatérales *au moins dans leur expression*, il n'en est pas moins vrai, qu'en fait, les énonciations directes sont *de leur nature* bilatérales.

Du moment, en effet, que nous leur accordons pleine foi envers la partie qui ne les a pas faites, parce que la relation directe qui existait entre l'énonciation et les

(1) Pothier dit qu'elles peuvent tout au plus constituer une *semi-preuve*. — POTH., *Obligat.*, 737.

(2) DUMOULIN, *Comment. sur la cout. de Paris*, tit. I des fiefs, § 8, n^{os} 8 et 10.

intérêts de cette partie permettent de considérer son silence comme un acquiescement, nous nous trouvons bien en présence d'une véritable déclaration faite par les deux parties : matériellement par l'une et virtuellement par l'autre. Le Code aurait donc mieux fait d'imiter Dumoulin et de ne pas parler de la force probante des énonciations directes ; logiquement ce point était déjà tranché par l'article 1319.

Quant à l'énonciation indirecte, elle ne forme pas une disposition ; c'est une déclaration unilatérale dans la forme et dans le fond. Elle ne devrait donc faire foi que contre la partie dont elle émane ; mais, en revanche, elle devrait faire foi comme toute déclaration, jusqu'à inscription de faux, quant au fait matériel, et jusqu'à preuve contraire, quant à la sincérité.

Ici, malheureusement, le Code a édicté une solution arbitraire en décidant que cette déclaration ne peut servir que de commencement de preuve (1). Bien qu'aux

(1) On a voulu faire remonter cette solution jusqu'à Dumoulin. Celui-ci, qui, dans le passage cité plus haut, avait confondu à dessein les énonciations directes avec le dispositif de l'acte dit ensuite incidemment que si l'on invoque les énonciations séparément de la disposition principale, de sorte que le litige ne porte que sur les énonciations, elles ne font plus que demi-preuve. — Voici ses propres expressions : « Secus si de enuntiativis et præsumptionibus instrumenti, per se principaliter, seorsum a principali actu disputaretur, tunc enim tale instrumentum non facit plenam fidem, sed solam præsumptionem vel semiplenam probationem etiam inter easdem partes. » — On suppose que Dumoulin entend par énonciations considérées séparément de la disposition principale, les énonciations indirectes qui n'ont aucun rapport avec le dispositif. Ce qui est certain, c'est que la force probante qu'il leur attribue est celle que Pothier, dans le n° 737 de son *Traité des Obligations*, et plus tard, le Code, dans l'art. 1320, ont accordée aux énonciations indirectes.

termes de l'art. 1347, le commencement de preuve suppose une déclaration émanée de celui à qui on l'oppose, et que, par conséquent les principes veulent que l'énonciation indirecte ne pût servir de commencement de preuve contre la partie qui y est étrangère, nous pensons néanmoins, en présence des termes formels de l'art. 1320, qu'elle peut être opposée même à cette partie. On ne peut là, comme dans bien d'autres cas, que déplorer le peu de clairvoyance du législateur qui s'est laissé guider ici par Pothier, lequel n'avait pas lui-même su bien nettement dégager les principes fondamentaux de l'enveloppe obscure dont les entourait le langage de Dumoulin.

ARTICLE II

De la force probante des énonciations à l'égard des tiers.

Ce que nous venons de dire de la véritable nature des énonciations nous amène, naturellement à décider que celles-ci font, à l'égard des tiers, la même foi qu'à l'égard des parties. Puisque nous avons reconnu, en effet, que les énonciations directes n'étaient pas autre chose, au fond, que des déclarations analogues à celles qui font l'objet du dispositif, il n'y a pas lieu, semble-t-il, de distinguer au point de vue de la force probante entre les unes et les autres.

Cependant l'art. 1320 dit formellement que les énonciations font foi *entre les parties*, etc., et ne parle pas des tiers. En faut-il conclure que, rompant en visière

aux principes, le Code a entendu établir deux solutions différentes dans des cas analogues.

Certains auteurs l'ont pensé, et ce qui est plus curieux encore, ont essayé de justifier une opinion si évidemment contraire à la logique.

Toullier (nos 157 et 161), Duranton (t. XIII, n° 98) et Zachariæ (§ 751, texte et note 15), enseignent, en effet, sur l'autorité de Pothier, que les actes authentiques n'ont, à l'égard des tiers, aucune force probante, en ce qui concerne les énonciations même directement relatives à la convention ou disposition principale ; mais il suffit d'examiner les raisons qu'ils donnent à l'appui de leur système pour reconnaître l'erreur dans laquelle ils sont tombés.

Que nous dit Toullier ? Que les énonciations sont, à l'égard des tiers, une chose absolument étrangère, et qui ne peut leur préjudicier, ni les obliger, ni faire contre eux aucun degré de preuve ; et cela parce qu'on ne saurait présumer que les tiers aient donné aucune approbation à ces énonciations.

Qui ne sent, dans ces expressions, la confusion entre la force probante et l'effet des énonciations ; cette même confusion que nous avons déjà signalée sous l'art. 1319, lorsqu'il s'agissait du dispositif ?

Que les énonciations soient à l'égard des tiers une chose étrangère, personne ne le conteste ; on n'en saurait douter. Les tiers n'ont pris aucune part à l'acte ; cet acte leur est donc étranger, et étranger pour le tout : aussi bien le dispositif que les énonciations. On n'en reconnaît pas moins la force probante à leur égard des mentions qui ont trait à ce dispositif.

Nous en dirons autant de cette affirmation que les

énonciations ne sauraient préjudicier aux tiers ni les obliger ; ce n'est que l'application de la règle : *Res inter alios acta aliis neque nocet, neque prodest* ; et cette règle générale et de bon sens est applicable aussi bien au reste de l'acte qu'aux énonciations qu'il renferme ; car l'acte tout entier est, pour les tiers, une *res inter alios acta*.

Nous n'insisterons pas davantage sur ce motif invoqué par Toullier que si les énonciations ne font pas foi à l'égard des tiers, cela tient à ce que ceux-ci ne leur ont pas donné leur approbation ; car il est impossible de tomber dans une erreur plus profonde que de venir prétendre que c'est l'approbation que nous accordons à un acte qui lui donne sa force probante à notre égard.

Ce qu'il y a de plus bizarre encore, c'est que Toullier cite à l'appui de sa thèse un passage de Dumoulin ainsi conçu : « Et illis (extraneis) non præjudicat, quia res inter alios acta non nocet, nec obligat, nec facit jus inter alios (1), » sans s'apercevoir que celui-ci traite non pas de la force probante, mais de l'effet des énonciations.

Il fournit donc un argument contre lui-même en invoquant le témoignage de celui de tous nos jurisconsultes qui a le plus nettement exposé les véritables principes qui régissent la matière.

Si maintenant nous passons à Duranton, nous le voyons tomber dans la même confusion ; les expressions qu'il emploie en sont la preuve manifeste ; elles sont peut-être encore moins exactes que celles de Toul-

(1) DUMOULIN, *Cout. de Paris*, tit. 1, des Fiefs, § 8, nos 8 et 10.

lier: « Les énonciations, dit-il, même directes, ne prouvent pas la vérité du fait énoncé à l'égard de ceux qui n'ont pas été parties à l'acte. »

Et pourquoi ne prouveraient-elles pas la vérité de ce fait, du moins dans la même mesure que les déclarations, c'est-à-dire jusqu'à preuve contraire? Ce qui démontre bien que Duranton, dans sa pensée, confond l'effet des énonciations avec leur force probante, c'est l'exemple qu'il donne aussitôt après : « Il est énoncé, dit-il, dans l'acte de vente d'une maison que cette maison a un droit de vue sur la maison voisine. Cette énonciation, quoique directe à la disposition, ne fait aucune preuve contre le propriétaire de la maison, puisqu'il n'a point été partie à l'acte, et qu'il n'a pas dû dépendre du vendeur de grever, par sa volonté, cette maison d'une servitude. »

Mais est-ce qu'il s'agit de savoir si la déclaration du vendeur va obliger le fonds voisin? En aucune façon; cela reviendrait à se demander si l'acte passé entre les parties peut obliger des étrangers; et cette question relative à l'effet des actes est depuis longtemps résolue négativement par la maxime : *Res inter alios acta*.

Nous traitons dans ce moment de la force probante de l'acte : dès lors, la raison alléguée par Duranton n'a rien à faire ici; et nous devons décider, en vertu des principes, que l'énonciation directe, qui n'est elle-même qu'une déclaration comme une autre fera la preuve à l'égard de tous.

Nous ne relèverons pas les arguments donnés par Zachariæ à l'appui de ses systèmes; ils ne sont pas meilleurs que ceux des auteurs dont nous venons de

parler, et ont pour base la même confusion entre l'effet et la force probante des énonciations.

Une dernière raison prouve l'inadmissibilité de l'opinion que nous venons d'exposer : si on l'acceptait, il faudrait refuser à la mention de la réduction de la rente ou du paiement des arrérages, toute foi à l'égard du créancier saisissant ou du cessionnaire. Cette conséquence, évidemment absurde, achève de démontrer la fausseté du système qui y conduit.

Le système que nous venons d'exposer a, du reste, depuis longtemps cessé d'être soutenu, et tous les auteurs modernes s'accordent à dire que l'énonciation directe fait la même foi à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties (1). En théorie, cette opinion n'est pas douteuse ; que si on voulait lui opposer les termes de l'art. 1320 : *fait foi entre les parties*, nous répondrions avec MM. Aubry et Rau : « L'art. 1319 contient tout aussi bien que l'art. 1320, les termes qui viennent d'être cités. Si donc on devait conclure *a contrario sensu* de l'art. 1320, que l'acte authentique ne fait pas foi, à l'égard des tiers, des énonciations qu'il renferme, l'art. 1319 fournirait la même induction, quant à la convention ou disposition principale ; et cependant tout le monde s'accorde à repousser cette induction et à reconnaître qu'en ce qui concerne la convention ou disposition principale, l'acte authentique fait pleine foi à l'égard des tiers comme à l'égard des parties. »

(1) Cf. AUBRY et RAU, t. VIII, § 775 : *De la force probante des actes authentiques*, e. p. 214. — LAROMBIÈRE, t. V, com. de l'art. 1320, nos 6 et 7. — LAURENT, t. XIX, n° 173. — DEMANTE, t. V, p. 510 et suiv. — MARCADÉ, t. V, n° 2 de l'art. 1319.

Voilà donc la question tranchée pour les énonciations directes ; que déciderons-nous pour les énonciations indirectes ? Les tiers ne pourront-ils pas les invoquer contre les parties ?

Si nous nous en tenions à l'application stricte des principes, nous devrions dire que les énonciations ne constituant que des déclarations unilatérales, les tiers peuvent, aux termes de l'art. 1347, les invoquer comme commencement de preuve par écrit, contre la partie de qui elles émanent. C'est la solution proposée par M. Laurent (1), et elle est évidemment logique ; néanmoins, nous croyons qu'elle ne saurait être adoptée sans réserves, et que les tiers doivent pouvoir invoquer l'énonciation indirecte aussi bien contre la partie qui y est étrangère que contre celle qui en est l'auteur.

Nous savons bien que nous dérogeons, en décidant ainsi, à la règle qui veut que la pièce qui sert de commencement de preuve par écrit, émane de celui à qui on l'oppose ; mais nous croyons que le Code, précisément à cause du peu de clairvoyance de ses rédacteurs dans cette matière, a voulu établir, au point de vue de la force probante des énonciations, quelles qu'elles soient, une similitude de situation entre toutes les parties et a imposé ainsi une solution que l'on ne saurait logiquement expliquer, mais que le respect dû à la loi oblige à subir.

Il nous reste maintenant, pour compléter l'étude de la force probante des énonciations, à examiner les points qui se rattachent à l'ancienne maxime : *In antiquis enuntiativa probant*. Ces questions feront l'objet de notre troisième et dernier article.

(1) LAURENT, t. XIX, n° 173.

ARTICLE III

De la portée actuelle de la maxime : *In antiquis enuntiativa probant*

Il était admis, dans notre ancien droit, que les énonciations contenues dans un acte pouvaient faire foi non seulement entre les parties, mais encore contre les tiers, lorsque l'acte était ancien.

Dumoulin (1) s'exprime ainsi : « *In antiquis verba enuntiativa plene probant, etiam contra alios, et in prejudicium tertii, etiamsi essent incidenter prolata et propter aliud prolata.* »

Pothier, au n° 739 de son *Traité des Obligations*, reproduit la même règle, en ajoutant qu'il faut que l'énonciation soit soutenue de la longue possession.

Il cite, à l'appui de sa proposition, les deux exemples suivants :

« Quoique le long usage n'attribue pas droit de servitude, néanmoins si ma maison a, depuis très longtemps, une vue sur la maison voisine; et que, dans l'ancien contrat de l'acquisition qu'en ont faite mes auteurs, il soit énoncé qu'elle a ce droit de vue, ces anciens contrats, soutenus de ma possession, feront foi du droit de vue contre le propriétaire de la maison voisine, quoiqu'il soit un tiers, et que ses auteurs n'aient jamais été partie dans ces contrats.

Pareillement, dans nos coutumes qui n'admettent aucun franc alleu sans titre, si dans les anciens contrats d'acquisition que mes auteurs ont faite d'un héri-

(1) DUMOULIN, sur l'art. 8, *Cout. de Paris*, n° 77.

tage, il est déclaré en franc alleu, cette énonciation fera foi contre le seigneur dans l'enclave duquel il se trouve, si ce seigneur n'en a point été reconnu. »

On le voit, l'ancienne maxime : *In antiquis* avait pour résultat de créer des droits contre les tiers ; lors donc que Pothier emploie l'expression *faire foi*, il faut l'entendre non pas dans le sens de prouver, mais dans celui de faire droit. — Nous nous trouvons donc en présence d'une dérogation expresse à la fameuse règle : *Res inter alios acta*.

Quel est le motif de cette dérogation ?

Il serait inexplicable, si l'on isolait la disposition qui veut que les énonciations contenues dans les actes anciens fassent foi contre les tiers, de cette autre qui exige que l'énonciation soit soutenue d'une longue possession.

Il se comprend bien mieux, lorsqu'on tient compte de cette exigence d'une longue possession conforme ; car on voit que la maxime : *In antiquis* repose sur cette présomption générale et raisonnable qu'une chose qui subsiste, se fait et s'exécute depuis longtemps, a un fondement solide et légitime ; et ce fondement se trouve dans le titre énonciatif toujours plus ou moins solennel.

Comme le fait, avec raison, remarquer Toullier (1), si ce titre n'avait pas été suivi de possession, il serait prescrit, et son ancienneté, loin d'élever une présomption favorable, en élèverait une invincible contre lui.

On dirait, avec juste raison : « La preuve que ce titre obscur et oublié n'est pas légitime, c'est que jamais il n'a été suivi d'exécution ni de possession. »

(1) TOULLIER, t. VIII, p. 241.

On peut encore faire remarquer que, lorsque des énonciations sont anciennes, il est bien difficile de supposer qu'elles ont eu pour but de favoriser un droit ou une prétention qui n'existait point, et dont l'existence éventuelle ne pouvait guère être soupçonnée au temps des actes qui renferment les énonciations.

C'est cette idée qui, jointe au fait d'une longue possession conforme peut légitimer ce qu'a d'extraordinaire, au point de vue du droit, la maxime : *In antiquis enuntiativa probant*. Mais quel temps faut-il pour donner à un acte la qualité d'ancien ?

Ici, les auteurs sont dans le plus complet désaccord ; chacun fixe le laps de temps qui lui semble le plus juste : Dumoulin, dans son Commentaire sur l'art. 5 de l'ancienne coutume de Paris, art. 8 de la Nouvelle, n° 81-83, nous rend compte de ces diverses opinions :

« Les uns, dit-il, veulent un laps de temps de quarante ans ; d'autres exigent cinquante ans. Le sentiment commun, celui qui se trouve le plus fréquemment adopté, *crebrior et communis sententia*, est qu'il ne faut pas moins de cent ans. »

Pour lui, il trouve cette dernière exigence exagérée, et il lui semble que, sauf dans les matières où l'on ne prescrit que par un temps immémorial, soixante-dix ans, représentent une ancienneté fort respectable.

Il se contente même de trente ou quarante ans lorsqu'il s'agit de choses où l'on ne peut pas espérer, à raison des circonstances, de preuves certaines remontant au-delà, et même de dix ans, lorsqu'il y a lieu de présumer que les solennités ont été observées, et qu'il n'est question que d'un préjudice modique.

On le voit, Dumoulin laisse à la prudence du juge le

droit de décider suivant les faits et circonstances de la cause ; et c'est, en somme, la solution la plus sage puisqu'on se trouve ici en présence d'une disposition qui est elle-même arbitraire, et absolument dérogoire aux principes.

Demandons-nous maintenant si la maxime : *In antiquis enuntiativa probant*, est encore applicable de nos jours.

Il est d'abord un point certain : c'est qu'on peut l'invoquer pour des droits qui ont pris naissance avant la publication du Code.

Les tribunaux en ont fait plusieurs applications ; nous en citerons deux, à titre d'exemple :

Première espèce. — Des demandeurs revendiquaient un droit de vaine pâture sur des forêts ; ils invoquaient les actes d'aveu et de dénombrement intervenus entre leurs auteurs et l'évêque de Metz, leur suzerain, actes qui énonçaient l'existence du droit revendiqué et soutenu par une possession conforme (1). Dans les divers actes présentés au procès, le vassal avait, sous forme de dénombrement, énoncé les droits qui étaient une dépendance de son fief ; ainsi, on y lisait : « J'ai le droit de vaine pâture dans les bois de Richécourt. » C'étaient de vraies énonciations qui, en principe, ne constataient que les prétentions du vassal ; mais ces prétentions étaient en réalité un fait, car le vassal mentionnait seulement les droits qui étaient une dé-

(1) On entendait par *aveu* un acte par lequel on se reconnaissait vassal d'un seigneur pour un fief que l'on tenait de lui ; il était accompagné d'un *dénombrement* ou description détaillée de la consistance du fief.

pendance du fief. Aussi la Cour de Nancy, devant qui la cause était pendante, accueillit-elle la demande, en faisant remarquer que les actes d'aveu et de dénombrement avaient dans l'ancien droit une autorité considérable par leur forme solennelle, la publicité qu'ils recevaient, les vérifications et l'enregistrement auxquels ils étaient soumis ; et que, du reste, dans l'ancien droit, ces actes faisaient foi de leur contenu, non seulement entre le vassal et le seigneur, mais aussi contre les tiers, quand ils étaient plusieurs fois répétés à de longs intervalles, uniformes dans leurs énonciations, et soutenus d'une longue possession.

Or, c'était bien le cas des actes produits par les demandeurs, puisqu'ils étaient au nombre de trois, datés de 1701, 1741 et 1772 ; il en résultait donc, ainsi que le décida la Cour, un droit contre les tiers (1).

Deuxième espèce. — La ville de Langeac revendiquait la propriété d'une forêt, contre plusieurs communes ; elle invoquait un aveu de 1477, dans lequel le seigneur de Langeac déclarait tenir du roi la justice et la propriété de la forêt de Pourcheresses, ainsi que des aveux et démembrements de 1634, 1669, 1685 et 1767, dans lesquels cette forêt est très explicitement déclarée être la propriété des habitants de Langeac. La cour, rejetant le pourvoi, déclare que s'il est incontestable, au point de vue des principes que les communes défenderesses sont des tiers étrangers aux actes d'aveu et dénombrement qui pour elles sont *res inter alios acta*, il n'en est pas moins vrai que ces principes cessent d'être applicables quand il s'agit

(1) Nancy, 24 juillet 1869. — DALLOZ, 69, II, 234.

d'actes anciens ; surtout lorsque ces actes sont soutenus d'une possession conforme, ce qui est le cas pour la ville de Langeac, tandis que les prétentions des communes défenderesses ne se sont traduites que par des voies de fait et des dévastations.

Qu'il y a lieu, par conséquent, de déroger au principe de l'art. 1165, en vertu de l'ancienne maxime : *In antiquis enuntiativa probant* (1).

Cette maxime existe-t-elle encore pour les actes postérieurs à la publication du Code ?

« Toullier l'a soutenu, tout en reconnaissant qu'elle a perdu ses principaux usages, puisqu'aujourd'hui les servitudes continues peuvent s'acquérir par le long usage et sans titre, et que, d'autre part, il résulte des art. 571 et 695, que les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes ne peuvent s'établir que par titre, et que le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par prescription, ne peut être remplacé que par un titre reconnaissant de la servitude, et émané du propriétaire du fonds asservi. »

Mais la maxime : *In antiquis* est susceptible de bien des applications, même en dehors des servitudes ; nous venons d'en voir plusieurs exemples. Il faudrait donc décider d'après Toullier que, dans tous ces cas, elle continue à être applicable.

Le seul motif qu'il donne, c'est que l'art. 1335-2° porte que les copies qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses, auront été tirées sur la minute de

(1) Cassat. rejet 18 novembre 1868. — DALLOZ, 69, I, 128.

l'acte par le notaire qui l'a reçu ou par un autre dépositaire des minutes, peuvent, en cas de perte de l'original faire foi quand elles sont *anciennes*, c'est-à-dire quand elles ont plus de trente ans.

Et il en conclut que cette disposition, relative à la foi due aux copies des actes quand elles sont anciennes doit, sans contredit, s'appliquer par analogie à la foi due aux énonciations contenues dans les actes anciens (1).

Ici encore Toullier retombe dans cette éternelle confusion entre la force probante et l'effet à l'égard des tiers que nous lui avons déjà reprochée. Son argument est donc sans valeur et son opinion insoutenable.

Elle n'a du reste été soutenue, à notre connaissance, par personne d'autre ; et c'est avec raison, car la règle générale est que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; le Code civil n'ayant pas reproduit la maxime *In antiquis enuntiativa probant*, on ne saurait, sans ajouter à ses dispositions introduire une exception que repoussent les principes les plus élémentaires du droit fortifiés au besoin du silence de la loi (2).

(1) TOULLIER, t. VIII, p. 248, n° 167.

(2) Cf. MARCADÉ, art. 1320, n° 5. — DURANTON, t. XIII, n° 98. — BONNIER, n° 394. — AUBRY et RAU, t. VIII, p. 216, § 755, note 65. — DEMANTE, t. V, n° 282 *bis*, XIV, p. 541. — LAURENT, t. XIX, p. 192, n° 181. — LAROMBIÈRE, t. IV, p. 276, com. sur l'art. 1320, n° 10.

CHAPITRE V

De la force probante des copies d'actes notariés

Lorsqu'un acte notarié a disparu soit qu'il ait été détruit, soit qu'il ait été perdu, les copies qui en existent peuvent-elles faire foi et à quelles conditions?

L'art. 1335 du Code civil répond à la question en faisant des distinctions desquelles il résulte que la copie pourra tantôt faire preuve complète, tantôt ne servir que de commencement de preuve par écrit, tantôt enfin, n'être considérée que comme un simple renseignement.

Voici la teneur de cet article :

• Lorsque le titre original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes :

1° Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original ; il en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque ;

2° Les copies qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des mi-

nutes, peuvent, au cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes. Elles sont considérées comme anciennes quand elles ont plus de trente ans ; si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

3° Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte, ne l'auront pas été par le notaire même qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit.

4° Les copies de copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme de simples renseignements. *

Nous allons reprendre en détail chacune de ces catégories de copies ; et l'étude de leurs divers caractères nous permettra de constater que le législateur leur a sagement accordé une foi plus ou moins grande, suivant les garanties de sincérité qui résultaient de leur origine.

ARTICLE PREMIER

Copies qui font la même foi que l'original

Cette première catégorie comprend :

1° Les grosses, ou premières expéditions.

M. Larombière pense que ces deux expressions ne désignent qu'une seule et même espèce de copies, à savoir : les premières expéditions qui sont revêtues de la formule exécutoire. « En effet, dit-il (1), le mot

(1) LAROMBIÈRE, t. IV, art. 1335, n° 1.

grosse n'était autrefois connu que dans les pays de coutume ; dans ceux de droit écrit, il était remplacé par celui de *première expédition*. Le législateur, en se servant concurremment de ces deux qualifications, les a employées dans le sens ancien, c'est-à-dire comme synonymes. La preuve en est dans l'art. 854 du Code de procédure, lequel porte qu'une *seconde expédition exécutoire* d'un jugement ne sera délivrée à la même partie qu'en vertu d'une ordonnance du président du tribunal où il aura été rendu. »

M. Larombière ajoute qu'une expédition non revêtue de la formule exécutoire ne saurait être mise sur le même pied que la grosse : « La confection de celle-ci, dit-il, est, en quelque sorte, le complément de la mission de l'officier public qui a reçu l'acte ; elle est contemporaine du titre même, et a lieu du consentement exprès ou tacite de toutes les parties auxquelles elle est nécessaire pour l'exécution de leurs conventions ; enfin il n'en peut être délivré une seconde sans l'accomplissement de certaines formalités.

Tout fait donc présumer qu'elle a été copiée avec tout le soin propre à assurer l'accomplissement du contrat relaté dans l'original.

Au contraire, il peut être délivré plusieurs expéditions d'un acte sans formalités préalables ; et lors même qu'il n'en aurait été délivré qu'une seule, comme elle n'a pour but que de rappeler aux parties le souvenir de leurs engagements, et n'est pas destinée à servir de base à des poursuites en exécution, elle n'offre pas de garanties suffisantes d'exactitude. »

Certes, il y a du vrai dans ces observations ; néanmoins nous croyons l'opinion générale préférable ; et

nous assimilons aux grosses, pour la force probante, les expéditions qui portent la mention qu'elles ont été tirées les premières. Il ne faut pas oublier, en effet, que ces copies ne servent pas seulement à rappeler aux parties le souvenir de leurs engagements, comme le prétend M. Larombière ; ce sont de véritables titres pour les contractants lorsqu'il s'agit d'un acte qui n'est pas destiné à être exécuté. Du reste, le peu de temps qui sépare habituellement leur délivrance de la confection de la minute garantissent l'exactitude de la reproduction du titre original (1).

2° Les copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées.

Il faut que ces deux conditions concourent ; les parties sont, du reste, autorisées, lors de la délivrance de l'expédition, à la collationner avec la minute ; en se conformant aux prescriptions de l'art. 852 du Code de procédure.

Pothier appelle ces copies *des copies en forme*, il nous enseigne la marche à suivre pour les obtenir : on s'adresse par voie de requête au président du tribunal qui rend une ordonnance portant que tel jour, à telle heure et en tel lieu, copie sera délivrée par le notaire détenteur de la minute, et que les intéressés seront sommés de s'y trouver.

Les parties peuvent aussi procéder par voie de citation et de débat contradictoire en justice ; le jugement qui intervient remplace alors l'ordonnance du président.

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, p. 577, n° 301. — MOURLON, t. II, p. 835, n° 1583.

A ces *copies en forme*, il faut assimiler les *copies figurées* dont la loi de ventôse prescrit la rédaction aux notaires dans les cas que nous avons déjà indiqués. Elles font même foi que la minute dont elles tiennent lieu, d'ailleurs ; et cela, bien que les parties n'aient été ni présentes, ni appelées à leur confection.

3° Les copies qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque.

L'exposé des motifs nous donne la raison de la force probante accordée à ces copies : « Elles sont, dit-il, en quelque sorte, le propre fait des parties ; celles-ci ont vérifié ou pu vérifier l'original ; et, comme elles y sont principalement intéressées, on doit admettre que la copie est exacte. » Le notaire doit, dans l'expédition qu'il délivre, constater la présence matérielle et le consentement des parties. — Ce consentement, il est vrai, peut être tacite, et résulter seulement du silence gardé par ceux qui avaient intérêt à contester la conformité de la copie avec l'original.

Si quelques-uns des intéressés seulement avaient donné leur consentement, la copie qui, à leur égard, ferait même foi que l'original, n'aurait, vis-à-vis des autres, que la valeur déterminée par les dispositions suivantes de l'art. 1335 ; à moins toutefois que ceux-ci n'y eussent ensuite apposé de leur main une approbation expresse.

4° Les copies qui, sans l'autorité du magistrat ou le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, ont été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu ou par tout autre officier public qui, en cette qualité, s'en trouve dépositaire. Mais il faut pour cela qu'elles

soient *anciennes* ; c'est-à-dire qu'elles aient plus de trente ans.

Pothier (1) nous donne de cette règle déjà admise de son temps, l'explication suivante : « Si, dit-il, une copie quoique tirée sur la minute et par un officier public qui a reçu l'acte ou qui en est le dépositaire légal, ne fait pas la même foi que l'original, c'est que cette copie prouve bien qu'il y a un original sur lequel elle a été tirée ; mais, n'ayant pas été tirée avec moi, elle ne prouve point contre moi que l'original sur lequel elle a été tirée et qu'on ne représente point avait tous les caractères nécessaires pour faire foi ; elle ne prouve pas que ma signature, que l'on dit dans la copie s'être trouvée au bas de l'original, fût effectivement ma signature. »

Cette raison peut être bonne ; mais alors on ne saurait comprendre pourquoi, elle cessera de l'être lorsque la copie aura trente ans. Pothier répond à cela par l'adage : *In antiquis enuntiativa probant.*

Nous ne pouvons plus l'invoquer, puisque nous avons vu que le Code l'a repoussé dans les nouveaux principes qu'il a consacrés.

Nous aimons mieux répondre avec Bigot-Préameux (2) que « si la copie est ancienne, on ne peut pas supposer qu'elle ait été faite en vue d'une fraude quelconque, car on ne prépare pas une fraude trente ans d'avance. »

Quant à la preuve de l'ancienneté de la copie, si elle ne résulte pas de la date portée sur l'expédition, elle

(1) *Obligat.*, n° 770 et 771.

(2) *Exposé des motifs.* — LOCRÉ, t. VI, p. 183.

pourra être fournie par témoins ou même par simples présomptions (1).

Constatons, en terminant l'étude des copies de la première catégorie, que tous ces titres faisant la même foi que l'original, ils ne peuvent être attaqués que par la voie de l'inscription en faux. — Cette conséquence ne résulte pas, comme on l'a prétendu, de ce que, délivrés par un officier public compétent, ils sont, de même que les minutes, revêtus du sceau de l'authenticité; car, les copies tirées par le notaire détenteur de la minute, sans l'autorité du magistrat ou sans le consentement des parties, depuis la délivrance des grosses, bien que revêtues du sceau de l'authenticité, ne font pleine foi que lorsqu'elles sont anciennes. Ce qui donne leur force probante aux copies de la première catégorie, c'est purement et simplement la volonté du législateur qui, pour des motifs variables pour chaque espèce, a jugé qu'elles offraient une garantie suffisante pour faire même foi que l'original.

ARTICLE II

Copies qui ne fournissent qu'un commencement de preuve par écrit

La seconde classe se compose :

1° Des copies dont nous venons de parler lorsqu'elles ne sont pas anciennes; c'est-à-dire lorsqu'elles ont moins de trente ans.

(1) Cassat, 10 novembre 1830. — Dev. 30, I, 398.

Il y a là une dérogation à l'art. 1347, lequel exige que le commencement de preuve émane de la partie à qui on l'oppose ; mais cette dérogation s'explique si l'on considère la présomption de sincérité qui résulte de ce que la copie émane d'un officier public compétent, et qui a engagé le législateur à mettre une semblable copie sur le même rang qu'une simple note émanée de l'adversaire.

La loi, en disant que ces copies *peuvent* servir de commencement de preuve par écrit, a évidemment entendu laisser aux juges le pouvoir d'apprécier si la copie qu'on leur présente doit être admise comme rendant vraisemblable le fait allégué. Au cas où ils la jugent telle, la preuve testimoniale, et par suite, les présomptions seront recevables de la part de celui qui présente une semblable copie.

2° Des copies tirées de la minute d'un acte, lorsqu'elles ne l'ont pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par un officier public qui, en cette qualité, se trouve dépositaire de la minute.

Il ne s'agit pas ici de copies qui auraient été tirées par un simple particulier : la loi suppose toujours que l'expédition émane d'un officier public qui a procédé en cette qualité sans, cependant, être compétent pour faire une délivrance régulière.

On conçoit fort bien, en effet, que cet officier n'étant pas le rédacteur de la minute peut bien attester la conformité de la copie qu'il dresse avec l'écrit qui lui est présenté ; mais il ne peut pas certifier que cet écrit est bien le véritable original. C'est l'idée qu'exprime Dumoulin, lorsqu'il dit : *Non audeo simpliciter di-*

cere quod nullam præsumptionem, nullum indicium faciat (1).

On pourrait avec raison se demander, comment il se fait que, dans l'hypothèse qui nous occupe, un officier public qui n'est pas depositaire légal de la minute, ait qualité pour délivrer une copie qui possède une autorité quelconque en cas de perte de l'original ? — Du moment, en effet, que le notaire agit en dehors des conditions qui lui donnent capacité, pour tirer copie des actes, il n'est plus qu'un simple particulier ; et dès lors la copie ne devrait faire aucune foi.

Il est certain que cette solution est la seule juste au point de vue des principes ; mais notre ancien droit nous donne l'explication de la disposition de l'art. 1335 : autrefois, en effet, il n'était pas défendu aux notaires de se dessaisir de leurs minutes, de sorte que les parties pouvaient en faire faire des copies par le notaire qu'il leur plaisait de choisir. Aujourd'hui, il est vrai, il n'en est plus de même ; car d'après l'art. 22 de la loi de ventôse an XI, les minutes doivent rester dans l'étude de l'officier public qui les a reçues. Mais la disposition qui nous occupe a passé dans le Code comme un vestige de l'antique usage. Il sera fort rare, du reste, qu'elle soit applicable ; car pour cela, il faut supposer qu'une infraction à l'art. 22 a été commise par le notaire qui a reçu l'acte.

(1) DUMOULIN, *Loco. cit.*, n° 75.

ARTICLE III

Copies qui ne peuvent servir que de simples renseignements.

Il s'agit ici des copies de copies, ou copies collationnées. Voici le cas prévu par la loi :

Il arrive parfois qu'une personne éloignée de son domicile ait besoin d'un double de la grosse ou de l'expédition d'un acte qu'elle est forcée, par exemple, de produire en même temps dans plusieurs endroits différents. Elle s'adresse alors au notaire du lieu où elle se trouve ; et celui-ci lui délivre une copie, au bas de laquelle il place un certificat qui atteste sa conformité avec l'expédition sur laquelle il l'a faite, et qu'il rend à l'instant.

Avant d'examiner quelle est, au juste, le degré de force probante d'une pareille copie, nous constaterons qu'elle constitue un acte véritable, et qu'on ne saurait au point de vue de son rapport avec l'original, assimiler en aucune façon aux grosses ou expéditions.

Il résulte de là :

1^o Qu'elle ne peut être délivrée qu'en se conformant aux prescriptions de la loi de ventôse sur les actes notariés : c'est-à-dire, qu'avec le concours d'un second notaire ou de témoins ;

2^o Qu'elles peuvent être faites aussi bien sur des actes sous-seing privé ou des actes authentiques en brevet, que sur des grosses ou expéditions, sans que du reste, leur force probante soit plus grande dans un cas que dans l'autre ;

3° Qu'elles peuvent être écrites sur du papier timbré de toute dimension ; qu'elles doivent être datées et portées au répertoire :

4° Enfin qu'elles sont soumises à un droit fixe d'enregistrement de un franc par chaque acte, pièce ou extrait, que ces actes, pièces ou extraits soient, d'ailleurs copiés sur des feuilles séparées ou écrits à la suite les uns des autres sur une même feuille de papier.

Dans ce dernier cas, ils doivent être écrits sans interlignes ; et une seule signature de notaire apposée à la fin de l'acte suffit à certifier toutes les copies qu'il contient.

La loi, en disant que les copies collationnées peuvent servir à titre de renseignements, a implicitement déclaré qu'elles ne pouvaient faire foi. Toullier (1), les assimile au témoignage d'un homme qui rapporte lui-même ce qu'il a entendu dire. Dumoulin s'était déjà exprimé de même : *Exemplum exempli*, dit-il, *nullo modo probat, sicut nec testimonium de auditu auditus, vel de auditu alieno* (2). et cela, *etiamsi esset sump-tum de exemplo solemnissime exemplato cum vero, et publico, et iudice auctore, etiam partibus presentibus, et expresse constituentibus* (3).

La jurisprudence est venue adoucir ce que cette manière de voir avait peut-être d'un peu exagéré en décidant, par un arrêt de cassation de décembre 1838 que les copies collationnées sont susceptibles de faire

(1) TOULLIER, t. IV, 2, p. 416 et p. 420, nos 439 et 443.

(2) DUMOULIN, *Comment. sur la coutume de Paris*, t. 1, n° 33.

(3) *Eod. loc.*, n° 32.

foi lorsqu'elles ont été reçues dans un procès, sans contradiction. Depuis longtemps, du reste, on avait admis en pratique, que le consentement des parties peut donner à ce genre d'actes plus d'autorité que ne leur en accorde l'art. 1335.

Abstraction faite de cette circonstance particulière quelle est la force probante des copies collationnées ? Dire, comme le fait la loi, qu'elles ne peuvent servir que de simples renseignements, c'est, à la lettre, prétendre qu'elles peuvent seulement servir de bases aux présomptions que la loi abandonne dans l'art. 1353 à la prudence et aux lumières du juge.

Or, on fait remarquer que si la disposition relative à ces actes contenue dans l'art. 1335 n'a pas d'autre signification, elle est inutile ; puisque tout écrit quelconque, toute note, si informe qu'elle soit, peut servir aussi de renseignements.

Aussi a-t-on cherché si la loi n'a pas voulu accorder aux copies collationnées une force probante plus considérable.

M. Bonnier (1), reproduisant la théorie de Dumoulin (eod. n° 35), attribue aux copies de copies l'effet de permettre à celui qui les présente, de faire les fruits siens. — Nous ne saurions nous ranger à son avis ; il faut, en effet, pour acquérir les fruits, être de bonne foi ; et c'est là une condition que ne remplit pas celui qui possède en vertu d'une copie de copie ; que si la bonne foi existe à raison de circonstances particulières, ce n'est que de cette bonne foi, et non de la copie de copie que viendra le droit aux fruits.

(1) T. II, p. 379.

« On a proposé également, ajoute M. Bonnier, d'autoriser le juge à se baser sur des renseignements de cette nature pour déférer le serment supplétoire. Il n'est pas sans exemple, après tout, qu'un écrit permette de déférer le serment sans autoriser pour cela l'administration de la preuve testimoniale, puisque nous avons reconnu que tel est le système de la loi, quant à la foi des registres des marchands vis-à-vis des particuliers. Cette faculté d'accorder ainsi une certaine valeur judiciaire aux copies de copies tempérerait ce qu'a de trop absolu la proposition générale du législateur (1). »

Nous repoussons néanmoins aussi cette doctrine ; elle repose sur une assimilation que rien ne justifie ; car la loi qui s'explique formellement à l'égard des marchands, dans l'art. 1329, C. civ. reste muette quant aux copies de copies.

M. Larombière pense que les copies de copies ne peuvent être utilement invoquées que lorsqu'il s'agit d'un fait susceptible d'être prouvé par témoins ou par

(1) L'ancienne jurisprudence était loin d'être rigoureuse pour les copies de copies, puisqu'on cite un arrêt du Parlement de Paris, du 22 juillet 1763, qui maintint la princesse de Nassau dans les droits que lui concédait une charte du 24 juin 1329, bien que l'existence de cette charte ne fût constatée que par une troisième copie collationnée le 11 février 1746, sur une seconde copie collationnée elle-même, le 6 avril 1486, sur une copie première collationnée sur l'original, le 12 décembre 1429. Pothier, exprimant (obligat. n° 776) le degré de force probante que l'on accordait de son temps aux copies de copies, dit qu'elles ont tout au plus la foi de la copie sur laquelle elles sont tirées, et qu'elles pourront en avoir moins suivant les circonstances. — Le Code, on le voit, s'est montré plus sévère à l'égard des copies collationnées ; peut-être n'a-t-il pas eu raison.

simples présomptions ; c'est aussi l'avis de Toullier et de Duranton ; et nous croyons, vu les termes de la loi que c'est encore l'opinion la plus juste (1).

La règle que les copies de copies ne peuvent servir que de simples renseignements comporte deux exceptions.

1^o La grosse tirée par forme d'ampliation sur une grosse déposée, conformément aux dispositions de l'article 844 C. pr., fera, bien qu'elle ne soit qu'une copie de copie, même foi que la grosse sur laquelle elle a été copiée en cas de perte de l'original.

C'est là une conséquence logique de la force exécutoire qu'elle possède ; car elle emporterait vainement la voie parée, si elle n'avait l'autorité du titre primordial. Mais, bien entendu, la partie qui conteste a le droit d'attaquer au fond l'acte qu'on lui oppose ; à moins qu'il n'ait eu de sa part approbation, confirmation ou exécution volontaire du contrat.

2^o La seconde exception résulte de l'art. 1336, lequel est ainsi conçu :

« La transcription d'un acte sur les registres publics ne pourra servir que de commencement de preuve par écrit ; il faudra même pour cela : 1^o qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, dans l'année de laquelle l'acte paraît avoir été fait, sont perdues ou que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte a été faite par un accident particulier ; 2^o qu'il existe un répertoire en règle du notaire qui constate que l'acte a été fait à la même date.

(1) Cf. LAROMBIÈRE, art. 1335, n^o 22. — TOULLIER, n^{os} 440 et 442.

Lorsqu'au moyen du concours de ces deux circonstances, la preuve par témoins sera admise, il sera nécessaire que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils existent encore, soient entendus. »

Les dispositions de cet article se passent, pour ainsi dire, de commentaire ; l'exigence de la conformité de la date de l'acte transcrit avec les mentions résultant du répertoire nous indiquent assez que l'art. 1336 est inapplicable à la transcription d'un acte sous-seing privé. Du reste, c'est logique ; car le conservateur ne pouvant vérifier la sincérité des signatures que portent ces actes, on serait dépourvu de toute garantie contre les erreurs et les fraudes qui seraient commises à son insu.

Ce qui a motivé la faveur accordée par notre article aux actes transcrits, c'est cette double circonstance que la transcription ordinairement faite d'après la grosse et à une époque très rapprochée de l'acte, est l'œuvre d'un fonctionnaire spécial, et dont le caractère donne à la copie un caractère tout particulier de garantie.

Il y a là, néanmoins, une véritable dérogation au principe, car la transcription n'est qu'une copie de copie qui, d'après l'art. 1335 ne devrait, comme telle, pouvoir servir que de simples renseignements.

Aussi ne doit-on pas hésiter à repousser l'opinion qui voudrait assimiler, quant à la force probante, l'enregistrement à la transcription. Le silence de la loi suffirait pour empêcher d'étendre une exception au principe qui veut que le commencement de preuve émane de celui à qui on l'oppose ; car, nous le savons, les exceptions sont de droit étroit. Du reste, il y a entre

la transcription qui est la copie entière de l'acte, et l'enregistrement qui n'en contient qu'un extrait, une différence très grande et qui empêche de faire toute assimilation entre ces deux formalités.

Nous pouvons ajouter à ces considérations que les conditions nombreuses et sévères exigées par l'article 1336 pour que l'acte transcrit puisse faire un commencement de preuve par écrit, indiquent assez que le législateur a peu de confiance dans les copies faites par le conservateur ; c'est donc à tort qu'un arrêt du 16 février 1837 (1) s'est prononcé dans le sens de l'opinion que nous combattons. La jurisprudence a, du reste, bien vite abandonné cette voie, et refuse constamment aujourd'hui d'assimiler au point de vue qui nous occupe, l'enregistrement à la transcription (2).

Il est bien entendu que les dispositions des art. 1335 et 1336 ne concernent que les copies faites par des officiers ministériels dans les limites de leur compétence. Quant aux copies qui sont l'œuvre de simples particuliers ; ou, ce qui revient au même, d'officiers publics qui n'ont point qualité d'instrumenter, la loi n'en parle pas, parce qu'elles n'ont aucune foi. Pothier les appelle des copies absolument informes (3).

Notons encore, pour terminer, que tout ce que nous avons dit sur la force probante des copies de copies s'applique à celles des actes qui sont reçus en minute.

(1) SIREY, 37, I, 642.

(2) Voy. Grenoble, 5 juillet 1845 (Dev. 46, II, 287), et Aix, 21 février 1840 (Dev. 50, II, 570).

(3) POTH, *Obligat*, n° 740.

Quant aux copies des actes délivrés en brevet, elles ne peuvent servir que de simples renseignements, lors même qu'elles auraient été tirées par le notaire qui a reçu l'acte. C'est que le brevet étant remis au créancier, ses copies ne rentrent pas dans les termes du § 3 de l'article 1335, qui ne parle que des copies tirées sur la minute d'un acte. Elles rentreraient, au contraire, dans les termes de cet article et feraient la même foi que l'original, si le brevet avait été rapporté pour minute au notaire qui l'a reçu, ou déposé dans l'étude d'un autre notaire, parties présentes ou dûment appelées.

Nous en avons ainsi fini avec l'étude de la force probante des actes notariés, matière difficile, comme nous le disions au début de notre thèse ; mais qu'une analyse exacte des principes permet cependant d'éclaircir parfaitement.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — L'obligation *litteris* est indépendante de l'existence d'une mention sur le registre du débiteur.

II. — Les *nomina transcripticia* ne constituent pas la seule forme du contrat *litteris*.

III. — Le *chyrographum* et les *syngraphæ* n'ont jamais été, même à l'époque où ils étaient exclusivement en usage pour les pérégrins, qu'un simple moyen de preuve.

IV. — Les *acta forensia*, à la différence des actes notariés modernes, ne font pas foi par eux-mêmes de leur contenu.

V. — La preuve testimoniale était insuffisante pour établir l'ingénuité.

VI. — Dans le dernier état du droit romain, la preuve littérale a une autorité plus grande que la preuve testimoniale.

DROIT CIVIL

I. — L'acte notarié fait, à l'égard des tiers, la même foi qu'entre les parties.

II. — Il suffit, pour qu'une des parties contractantes puisse être admise à prouver la simulation par témoins et par présomptions, qu'elle ait été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale, encore que la simulation ne soit pas frauduleuse.

III. — Même avant la loi du 23 août 1871, la disposition de l'art. 40 de la loi du 22 frimaire an VII avait été implicitement abrogée par l'art. 1321 C. civ.

IV. — Lorsque les prélèvements sont exercés par les époux à l'égard des tiers, c'est en vertu d'un droit de créance ; s'ils ont lieu dans les rapports des époux entre eux, c'est en vertu d'un droit de copropriété.

V. — L'époux qui, à raison de divertissement ou de recel opéré par lui sur les effets de la communauté, est privé de sa part de ces objets, n'en est pas moins tenu de la moitié des dettes communes.

VI. — Le mari est tenu pour le tout des dettes qu'il a contractées dans l'intérêt de la communauté pendant le mariage, même au cas où la femme s'est obligée conjointement avec lui.

VII. — Au cas où le contrat de mariage est frappé de nullité, les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale, quel que soit celui qu'ils ont stipulé dans le contrat.

DROIT CRIMINEL

I. — La tentative d'avortement n'est pas punissable, quel qu'en soit l'auteur.

II. — Les qualités et circonstances personnelles à l'auteur ne doivent ni nuire, ni profiter au complice ; à moins qu'elles ne soient de nature à influencer sur la criminalité du fait délictueux.

DROIT ADMINISTRATIF

I. — Les tribunaux peuvent écarter l'application d'un décret pour cause d'inconstitutionnalité.

II. — Les arrêtés du préfet, rendus en matière contentieuse, ne peuvent être déférés au Conseil d'Etat, *omisso medio*, que si l'acte est attaqué pour incompétence ou excès de pouvoir.

PROCÉDURE CIVILE

I. — La décision d'un tribunal criminel qui a déclaré une pièce fausse lie les juges de l'action civile résultant du même fait.

II. — La disposition de l'art. 153 du Code de procédure civile, sur le défaut profit-joint, n'est pas applicable devant les tribunaux de commerce.

DROIT COMMERCIAL

I. — L'interdiction, la faillite ou la déconfiture d'un associé ne peut être une cause de dissolution d'une société de commerce que lorsqu'il s'agit d'une société où existe l'*intuitus personæ*.

II. — Dans une société à durée illimitée, les associés ne peuvent renoncer d'avance au droit de demander la dissolution de la société.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

I. — L'ascendant étranger peut exercer en France la tutelle légale de ses petits-enfants français.

VU ET APPROUVÉ :

Les membres de la Commission,

F. DESSERTAUX, A. WEISS, LOUIS-LUCAS.

Vu :

Le Doyen, Président de la Thèse,

VILLEQUEZ.

PERMIS D'IMPRIMER.

Le Recteur de l'Académie de Dijon,

CHAPPUIS.

TABLE DES MATIÈRES



DROIT ROMAIN

INTRODUCTION. — Généralités sur la preuve littérale . . .	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — De l'autorité respective de la preuve littérale et de la preuve testimoniale	7
PREMIÈRE PARTIE. — Des divers écrits qui peuvent servir de moyens de preuve	17
Cas où la rédaction d'un écrit est nécessaire.	18
CHAPITRE PREMIER. — Actes privés.	23
Section première. — Des divers actes privés.	23
I. — Du <i>Codex</i> ou <i>rationes domesticæ</i> et du contrat <i>litteris</i>	24
II. — Des <i>syngraphæ</i> et du <i>chyrographum</i>	52
III. — Des <i>argenteorum codices</i>	58
IV. — <i>Rationes pupillares</i>	61
V. — De l' <i>Apocha</i> et de l' <i>Antapocha</i>	63
VI. — Des <i>cautiones</i> en général.	65
Section II. — Forme des actes privés	66
Section III. — Effets et force probante des actes privés . . .	73
I. — Des principes qui dominent la matière et des déro- gations résultant de l'Exception <i>non numeratæ</i> <i>pecuniæ</i>	73
II. — De la force probante respective des actes privés lorsqu'on les oppose les uns aux autres.	86
CHAPITRE II. — <i>Acta forensia</i>	89
Section première. — Notions générales sur la matière . . .	89
Section II. Forme des <i>acta forensia</i>	94
Section III. — Effets et force probante des <i>acta forensia</i> . .	100
CHAPITRE III. — Actes publics.	105
Section I. — Des différentes sortes d'actes publics.	105
I. — Des actes rédigés par l'autorité publique.	106
II. — Des actes déposés aux archives.	114
Section II. — Règles de forme et force probante des actes publics.	117
DEUXIÈME PARTIE. — Des diverses particularités qui peuvent se produire dans l'administration de la preuve littérale. . .	121
CHAPITRE I. — De la comparaison d'écritures.	121
I — Dispositions relatives aux titres	124
II. — Dispositions concernant la demande en vérification d'écritures.	127
CHAPITRE II. — De la production des actes et de leur perte. .	131
Section première. — De la production des titres en justice. .	132
Section II. — De la perte des titres.	137

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION	139
NOTIONS HISTORIQUES	139
DROIT MODERNE	147
CHAPITRE PREMIER. — Considérations générales sur la force probante de l'Acte notarié	147
CHAPITRE II. — Des faits dont l'acte notarié fait foi jus- qu'à inscription de faux, et de l'inscription de faux prise en elle-même.	165
Article premier. — Qu'est-ce que l'acte notarié prouve jusqu'à inscription de faux?	165
§ 1. — Des faits accomplis par le notaire.	166
§ 2. — Des faits que le notaire a constatés <i>de visu</i>	168
§ 3. — Des faits que le notaire a constatés <i>de auditu</i>	179
Article 2. — De l'inscription de faux.	182
§ 1. — Quand l'inscription de faux est-elle néces- saire.	183
§ 2. — De la procédure en inscription de faux.	197
CHAPITRE III. — Des faits dont l'acte notarié ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux, et de la preuve contraire prise en elle-même.	221
Article premier. — Des faits dont l'acte ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux.	222
Article 2. — Que faut-il entendre par preuve contraire?	229
CHAPITRE IV. — Des énonciations.	242
Article premier. — De la force probante des énonciations entre les parties.	244
Article 2. — De la force probante des énonciations à l'égard des tiers	249
Article 3. — De la portée actuelle de la maxime: <i>In antiquis enuntiativa probant</i>	255
CHAPITRE V. — De la force probante des copies d'actes notariés.	262
Article premier. — Copies qui font la même foi que l'original.	263
Article 2. — Copies qui ne fournissent qu'un commen- cement de preuve par écrit.	268
Article 3. — Copies qui ne peuvent servir que de sim- ples renseignements.	271



